Forschungen

zur Geschichte des

deutschen und französischen Rechtes.

Gesammelte Aufsätze

von

HEINRICH BRUNNER.



STUTTGART 1894.

VERLAG DER J. G. COTTA'SCHEN BUCHHANDLUNG

NACHFOLGER.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

KONRAD MAURER

IN HERZLICHER VEREHRUNG

GEWIDMET.

Vorwort.

Seit einer Reihe von Jahren wurde ich oftmals teils öffentlich, teils vertraulich namentlich von jüngeren Gelehrten aufgefordert, verschiedene rechtsgeschichtliche Abhandlungen, die in Akademieberichten, in Zeitschriften oder in Festgaben erschienen waren, als gesammelte Forschungen aufs neue zu veröffentlichen. Manche von ihnen waren dem Juristen und dem Historiker, andre diesem oder jenem kaum oder nicht leicht zugänglich. So habe ich mich denn entschlossen, in der Erholungspause, die ich mir nach dem Abschlusse des zweiten Bandes meiner deutschen Rechtsgeschichte glaubte gönnen zu dürfen, die unten folgenden Abhandlungen zu revidieren und in Druck zu geben.

Ausschliessen musste ich aus der Sammlung aus Gründen, die auf dem Gebiete des Urheberrechtes liegen, jene Aufsätze, die in den Festgaben für Heffter, Mommsen, Beseler, Waitz und Gneist publiziert worden waren; ausgeschieden habe ich die Arbeiten, welche einzelne Rechtsquellen betreffen, und die Abhandlungen, die ohne vollständige Umgestaltung wiederum abzudrucken mir widerstrebte.

Mit Ausnahme der Untersuchung über den Ursprung des droit de retour, die im laufenden Jahre vollendet wurde, bringt die vorliegende Sammlung nur bereits früher veröffentlichte Aufsätze, welche die Geschichte des deutschen oder die des französischen Rechtes betreffen. Ohne Umarbeitung ist keiner von ihnen geblieben. Doch hielt ich es für angemessen, mir dafür bestimmte Beschränkungen aufzulegen. Bei den ältesten, vor nahezu dreissig Jahren erschienenen Untersuchungen, die meines Wissens im Buchhandel seit langem vergriffen sind, habe ich es absichtlich vermieden, ihnen die Spuren der Anfängerarbeit abzustreifen. Auf

die meisten der hier vereinigten Aufsätze ist in abschliessenden Quellenwerken und Regesten und in der Litteratur teils mit Zustimmung, teils mit Polemik verwiesen worden. Darum hielt ich es für passend, die alten Arbeiten möglichst in der alten Gestalt aufs neue darzubieten und in einer Form, welche die früheren Drucke entbehrlich macht. Die Seitenzahlen der ersten Publikation sind am Rande vermerkt. Neue Zusätze habe ich durch eckige Klammern als solche kenntlich gemacht. Nur bei der Abhandlung über die Zulässigkeit der Anwaltschaft glaubte ich mich im Interesse einer freieren Umarbeitung solcher Rücksichtnahme entheben zu dürfen.

Von den im Texte oder in den Anmerkungen ausgeschriebenen oder citierten Urkunden liegen derzeit manche in neueren und besseren Drucken vor. Ich habe die alten Citate meistens beibehalten, aber zugleich auf Mühlbachers Regesten der Karolinger, beziehungsweise auf Hübners Gerichtsurkunden der fränkischen Zeit hingewiesen, wo ja die besten Drucke in aller Regel genannt sind. Den älteren Citaten von Kapitularien, die auf die Ausgabe von Pertz gestellt waren, habe ich das auf die neue Kapitularienausgabe von Boretius und Krause bezügliche Citat in Klammern beigefügt.

Berlin, den 18. September 1893.

Heinrich Brunner.

Inhaltsverzeichnis.

Erste Abteilung.

Zur Geschichte des Lehnwesens.

Zweite Abteilung.

Zur Geschichte des Prozessrechtes.

Dritte Abteilung.

Zur Geschichte des Strafrechtes.

Vierte Abteilung.

Zur Geschichte des Privatrechtes.

Erste Abteilung.

Zur Geschichte des Lehnwesens.

I.

Die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger.

[Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1885, S. 1173 ff.]

Die Streitfrage über die Anfänge des Lehnwesens, eine der [1173] bedeutsamsten, welche die Litteratur unserer Rechtsgeschichte aufweist, hat ihren Ausgangspunkt in den Vergabungen, welche die merowingischen Könige aus dem fränkischen Krongute vorzunehmen pflegten. Die rechtliche Tragweite dieser Vergabungen ist seit mehr als einem Jahrhundert streitig. Zur eingehendsten Erörterung gelangten die massgebenden Streitpunkte in der lebhaften Polemik, die sich vor nahezu vierzig Jahren zwischen Waitz und Roth über die Entstehung des fränkischen Lehnwesens entspann. Roth[1] führt sie auf eine von den Söhnen Karl Martells vorgenommene Verfassungsänderung zurück und behauptet, dass es unter den Merowingern nur eine Art der Verleihung von Krongut gegeben habe, nämlich die Verleihung zu frei vererblichem und veräusserlichem Eigentum. Waitz[2], der für die Entwickelung des Lehnwesens den geschichtlichen Zusammenhang zwischen den Erscheinungen der merowingischen und der karolingischen Zeit festhält, betont die Verwandtschaft zwischen den Landschenkungen der Merowinger und den karolingischen Benefizien. Jene hätten zwar manch-

---

[1] Die Krongutsverleihungen unter den Merowingern, 1848; Geschichte des Benefizialwesens, 1850; Feudalität und Unterthanverband, 1863.

[2] Deutsche Verfassungsgeschichte II[3], 1, S. 309 ff.

mal völlig freies Eigentum des Beschenkten, manchmal nur einen Niessbrauch begründet. In der Regel sollte aber mehr als ein Niessbrauch, nämlich für die Dauer des Besitzes ein volles Recht, ein Eigentum, aber ein Eigentum auf Zeit oder Lebenszeit, oder geknüpft an bestimmte Voraussetzungen gegeben sein [1]. Man kann in dieser Zeit, äussert sich Waitz, gar nicht im allgemeinen sagen, ob die Verleihungen erblich, lebenslänglich oder frei widerruflich waren; sie waren in gewissem Sinne bald das eine, bald das andre, aber vielleicht keins unbedingt [2]. Eine mehr faktische als recht-
[1174] liche Beschränkung, heisst es an einer andern Stelle, sei bei den Verleihungen zu Eigentum zu statuieren [3].

Wenn die Juristen sich gegen die von Waitz aufgestellten Sätze im allgemeinen zu spröde verhielten und den meines Erachtens durchaus zutreffenden Kern derselben nicht oder doch nur vereinzelt anerkannten, so lag der Grund wohl kaum in der von Waitz gerügten Erbsünde der juristischen Forscher [4], dass sie nämlich „nicht anerkennen wollen, was nicht rechtlich formuliert nachgewiesen werden kann". Der Rechtshistoriker ist ja einerseits bei zahlreichen Rechtsinstituten genötigt, die in den Quellen vermisste rechtliche Formulierung aus ihnen erst herauszuarbeiten. Andrerseits darf er auf eine solche Formulierung nirgends verzichten; denn für die Rechtsgeschichte bleibt, was sie dogmatisch nicht erfassen kann, totliegender Stoff [5]. Die Sünde der germanistischen Jurisprudenz scheint mir in der Frage der merowingischen Landverleihungen vielmehr auf einem andern Gebiete zu liegen, nämlich in der dogmengeschichtlichen Vernachlässigung des deutschrechtlichen Instituts der Schenkung, bei der sie ausser stande war, die von Waitz bemerkten Thatsachen klaren und ausgeprägten Grundgedanken der germanischen Rechtsgeschichte einzuordnen. Früher als irgend ein andres Rechtsinstitut ist die Schenkung romanisiert worden. Seit langem operieren wir mit römischen Rechtssätzen der Schenkung wie mit naturrechtlichen. Und in der kaum übersehbaren Masse der germanischen Rechtsquellen sind nur versprengte

[1] A. O. S. 319.
[2] A. O. S. 319 Anm. 3.
[3] A. O. S. 311 Anm. 1.
[4] A. O. S. 322 Anm. 3.
[5] Treffende Bemerkungen macht über den dogmatischen Beruf der Rechtsgeschichte Binding, Handb. des Strafrechts I, 1885, S. 4 Anm. 1.

Trümmer einer Ueberlieferung vorhanden, die darauf zurückweist, dass das germanische Recht in der Lehre von der Schenkung den Entäusserungswillen des Schenkers ursprünglich nach andern Gesichtspunkten beurteilte als das römische und das heutige Recht.

Im römischen Rechte charakterisiert sich die Schenkung bekanntlich[1] durch die Absicht des Schenkers, das Vermögen des Empfängers zu vermehren, ihn zu bereichern. Ausser dieser Vermögensvermehrung hat sie keinen juristischen Zweck, weshalb das Geben ob causam in scharfem Gegensatze steht gegen das Geben als Schenkung. Der sonstige konkrete Zweck der Schenkung kann Bestandteil des Rechtsgeschäftes nur in der Form einer Nebenbestimmung, nämlich einer besonderen dem Beschenkten gemachten Auflage, eines modus werden. Von den Arten der römischen Schenkung können hier diejenigen, welche obligando oder liberando [1175]
geschehen, ausser Betracht bleiben. Für das Verhältnis der germanischen Landschenkung zur römischen fallen vielmehr als Grössen der Gleichung einerseits nur die römische Schenkung, welche dando erfolgt, die donatio rerum, andrerseits die Schenkung des deutschen Rechtes, welche Gabe ist, in das Gewicht. Da es nicht angeht, hier etwa nebenbei den Umfang des germanischen Schenkungsbegriffes zu untersuchen, so mag es dahingestellt bleiben, ob man nach germanischen Rechten von einer Schenkung sprechen kann, welche nicht durch Gabe geschieht. Jedenfalls bildet die Gabe, und zwar die materiell unentgeltliche Gabe, den Haupt- und Normalfall der deutschrechtlichen Schenkung. Ihre Wirkung kann sich verschieden gestalten mit Rücksicht auf den Gegenstand, welcher geschenkt wird; namentlich treten in dieser Beziehung die Landschenkungen als eine besondere Art der Schenkungen hervor, während nach römischem Rechte das Objekt der Schenkung für deren rechtliche Tragweite gleichgültig ist.

Wenn jemand eine Sache mit dem animus donandi übereignet, d. h. schenkt, indem er dem Beschenkten das Eigentumsrecht an einer Sache überträgt, so liegt nach römischen Rechtsgrundsätzen — sofern nicht besondere Verabredungen getroffen wurden — nicht der geringste Zweifel vor, dass der Beschenkte die Sache beliebig

---

[1] Savigny, System IV 1 ff. Puchta, Institutionen § 205. Windscheid, Pandekten § 365.

veräussern und vererben kann wie irgend ein andres Stück seines freien Vermögens.

In eine völlig andre Rechtslogik führen uns zunächst die Grundsätze ein, welche das englische Recht für die Tragweite des Entäusserungswillens bei der Landgabe aufstellt. Die donatio des englischen Immobiliarrechtes bezeichnet nicht bloss die Schenkung, sondern die Landgabe schlechtweg. Sie ist, der traditio (sala) des fränkischen Urkundenstils, der nordischen Schötung[1] vergleichbar, ein Rechtsakt der Uebereignung von Grundstücken ohne Rücksicht auf die causa der Veräusserung. Da die Rechtssätze der donatio auch dann gelten, wenn eine wahre Landschenkung in Frage steht, so können sie hier ohne Bedenken verwerthet werden.

In der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts schrieb Thomas Littleton einen Traktat über die Besitzrechte an Grund und Boden, der das Evangelium des englischen Immobiliarrechtes wurde. Edw. Coke, der berühmteste altenglische Jurist, nennt ihn das vollkommenste Werk, das je in irgend einer menschlichen Wissenschaft geschrieben worden ist. Nach Littleton erfordert der Erwerb eines erblichen Besitzrechtes[2] die Erklärung des Ver-
[1176] äusserers, dass er dem Erwerber das Land übertrage: à aver et tener à luy et à ses heires (ad habendum et tenendum sibi et haeredibus suis). Die Worte à ses heires (haeredibus suis) sind wesentlich. Mit jener Interpretationskunst, die es begreiflich macht, dass man nach englischer Ansicht mindestens sieben Jahre braucht, um das common law zu erlernen, zieht Edw. Coke[3] folgende Konsequenzen. Wenn der Veräusserer sagt: Petro et haeredi suo oder wenn es statt et haeredibus heisst aut haeredibus, so hat der Erwerber nur ein Besitzrecht auf Lebenszeit und fällt nach seinem Tode das Gut an den Veräusserer heim. Lautet die Klausel Petro et Martino et haeredibus, so erhalten Petrus und Martinus nur ein estate for life. Selbst die Wendung Petro et haeredibus ist nach Coke nicht genügend sicher. Sie begründe wohl ein erbliches

---

[1] K. Lehmann, Die altnord. Auflassung, Z. d. S. St. f. RG. V 92 ff. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 512 ff.

[2] Eines feodum simplex. Feodum idem est quod haereditas et simplex idem est quod legitimum vel purum.

[3] Littl. I, 8, b.

Besitzrecht des Petrus, aber dennoch sei es weiser, Littleton zu folgen und zu sagen Petro et haeredibus suis.

Der Grundsatz, dass die donatio ein erbliches Recht nur schaffe, wenn die Erben ausdrücklich genannt sind, findet sich schon bei Glanvilla[1] und in den grossen Rechtsbüchern des dreizehnten Jahrhunderts. Bracton sagt: si autem ita facta esset donatio ut si dicam: do tibi tantam terram, nulla facta mentione de haeredibus, ista donatio se non extendit ad haeredes, nisi tantum ad vitam donatorii[2]. Nach Britton I 252 müssen die Erben in der Habendum-Klausel genannt sein. Um ein erbliches Besitzrecht zu übertragen, würde die Fassung: jeo Johan ay doné a Pieres et a ses heirs taunt de terre nicht genügen, sondern es müsste heissen: jeo J. ay doné a Pieres taunt de terre . . à aver et tener a mesme celi Pieres et a ses heirs.

Man wende nicht ein, dass diese Behandlung der englischen Landgabe durch lehnrechtliche Grundsätze bestimmt werde. Denn das feudum simplex ist nach anglonormannischem Rechte begrifflich Erbgut, haereditas, und seit dem Statut quia emptores, 18 Ed. I frei veräusserliches Erbgut. Ausgangspunkt des englischen Rechts ist in dieser Lehre vielmehr der Satz, dass die Qualität des erworbenen Besitzrechtes durch den Willen des Donators bestimmt werde[3]. Die Rechtsregel, dass nur ein Besitzrecht auf Lebensdauer übertragen wird, wenn nicht der Donator etwas andres ausdrücklich erklärt, beruht sonach in letzter Linie auf einer Interpretation des pure ausgesprochenen Veräusserungswillens, die sich [1177]
zu einer dispositiven Rechtsnorm verdichtet hat. Der nackte Veräusserungswille wird als dahin gerichtet angesehen, dass der Erwerber die Gabe besitze und nicht ein Dritter. Stirbt der Erwerber, so soll sie an den Donator zurückfallen. Denn nur damit der donatarius das Grundstück habe, hat sich der Donator dessen entäussert. Das Recht des Rückfalls braucht gar nicht vorbehalten

---

[1] L. VII, c. 1, § 2: perpetuo remanebit illi, cui donata fuerit terra illa et heredibus suis, si jure hereditario eis fuerit concessa.

[2] L. II, 39, § 6, f. 92b. Donatorius (donataire) ist der Empfänger der Landgabe.

[3] Modus et conventio vincunt legem sagt Bracton, indem er unter modus nicht nach römischer Weise eine der donatio hinzugefügte Nebenbestimmung, sondern die vom Donator gewollte lex donationis versteht. Gundermann, Englisches Privatrecht S. 202.

zu sein. Der Vorbehalt ist nach Bracton, wenn das Rückfallrecht nicht ausgeschlossen wurde, als conditio tacita in der donatio enthalten[1].

So fremdartig uns auf den ersten Blick hin diese Grundsätze des englischen Rechts erscheinen mögen, so bietet doch noch unsre heutige Volksanschauung über die durch Gabe vollzogene Schenkung vereinzelte Anklänge dar. Wenn ich schenke, so folgt daraus nur, dass ich die geschenkte Sache lieber in den Händen des Beschenkten als in meinen Händen, aber durchaus nicht, dass ich sie lieber in den Händen eines Dritten als in meinen sehe, eine Folgerung, der unsre Denkart Rechnung trägt, indem sie es unter Umständen trotz der rechtlichen Zulässigkeit für unzart, ja für unanständig hält, ein Geschenk weiter zu veräussern. Man denke an Geburtstags- oder Jubiläumsgeschenke oder an ein litterarisches Werk, das der Verfasser etwa mit handschriftlicher Widmung verschenkte und nach einiger Zeit in einem Antiquariatsladen entdeckt. Skenkjan, schenken heisst ursprünglich propinare, ministrare pocula, zu trinken geben[2]. Das Amt des Schenken bestand in dem Füllen des Trinkhorns, des Bechers. Der Trunk, den der Gast erhält, der über die Schwelle des Hauses tritt, ist nur ihm zugedacht und will nicht eine abstrakte Vermögensvermehrung, etwa ein in Naturalien geleistetes Trinkgeld, sein.

Das Recht, welches der Beschenkte an der Gabe erwirbt, kann trotz der Unveräusserlichkeit und Unvererblichkeit Eigentum sein. Auch das Eigentum, welches nach römischem Rechte der Mann an der dos hatte, war auf die Dauer der Ehe beschränkt. Nach Auflösung der Ehe musste die dos vom Manne oder von seinen Erben herausgegeben werden. Den fundus dotalis konnte der Mann weder vererben noch veräussern. Unveräusserlich ist nach heutigem Recht das Eigentum des Fideikommissbesitzers. Unveräusserlich und unvererblich z. B. das von den Privatrechtsjuristen bisher wenig beachtete Eigentum, welches durch die Ordensverleihung begründet wird. Wer einen Orden erhält, erwirbt an dem Ordenszeichen, das ihm tradirt wird, das Eigentum, aber ein
[1178] Eigentum von äusserster Magerkeit. Er darf den Orden nicht ver-

---

[1] Bracton f. 17b: revertetur terra illa ad donatorem per conditionem tacitam etiam si nulla fit mentio in donatione, quod revertatur.

[2] Graff, Sprachschatz VI 518. [Kluge, Etymolog. Wörterbuch s. v. Schenk.]

schenken, verkaufen oder vermieten oder in dotem geben. Stirbt der Eigentümer des Ordenszeichens, so wandert es an den Geber zurück. Werden ihm die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, so wird er seines Eigentums am Orden verlustig, obwohl sein sonstiges Vermögen völlig unangetastet bleibt.

Für die Grundsätze, die das anglonormannische Recht über die donatio von Immobilien aufstellte, finden sich zahlreiche Analogien in andern germanischen Rechten, insofern entweder bei Schenkungen oder wohl auch bei Uebereignungen durch Schenkung und Kauf im Zweifel angenommen wird, dass die Absicht des Veräusserers nicht auf eine unbeschränkte und unbedingte Entäusserung gerichtet sei.

[Die Auffassung, dass die Vererblichkeit der Landgabe eine ausdrückliche Erklärung des Schenkers voraussetze, haben noch in voller Deutlichkeit die Coutumes von Valenciennes im Hennegau aus den Jahren 1534, 1540 und 1619. Schenkt jemand, so heisst es daselbst, einem andern, wer er auch sei, Erbgut oder Erbrente, ohne ausdrücklich zu erklären, dass die Gabe ihm und seinen Erben bestimmt sei, so fällt sie an den nächsten Erben des Gebers, falls der Beschenkte stirbt, ohne bei Lebzeiten darüber verfügt zu haben. Das gilt sowohl für Schenkungen unter Lebenden als auch für Schenkungen auf den Todesfall. Wird die Gabe ausdrücklich dem Beschenkten und seinen Erben bestimmt, so folgen in das Gut nur die direkten Nachkommen des Beschenkten, nicht auch seine Seitenverwandten. Stirbt er, ohne Descendenten zu hinterlassen und ohne über das Gut verfügt zu haben, so kehrt es an den nächsten Erben des Gebers zurück [1].]

[1] [Coutumes du pays et comté de Hainaut ed. Faider III (1878); Coutume de Valenciennes v. J. 1534, Art. 75 a. O. S. 439; v. J. 1540, Art. 111 a. O. S. 491, v. J. 1619, Art. 108 a. O. S. 536: Quand aucun donne ses héritages et rentes immeubiliaires simplement à aucun qui ce soit, pour en faire sa volonté (zur freien Verfügung) sans déclarer: „pour luy et ses hoirs“, soit pour en jouyr promptement ledit don faict ou après le trespras du donateur et que après tel donnataire termine vie par trespas, sans avoir disposé desdits héritages et rentes, tels biens retournent et doibvent appertenir à l'héritier plus prochain du donnateur, du lez et costé dont tel héritage ou rente seroit procédé. Art. 109 a. O. S. 537: mais si tel don estoit fait pour en jouyr par le donnataire et ses hoirs, iceux ses hoirs en ligne directe seulement en seroient les héritiers, et si tel donnataire décéde sans disposer dudit héritage ou rente et sans délaisser hoir en ligne directe, tel héritage et rente retournera au lez du costé

In Schweden ging nach west- und ostgötischem Rechte geschenktes Land nach dem Tode des Empfängers nur auf dessen Kinder über, während es in Ermangelung von Kindern an den Geber oder dessen Erben zurückfiel [1]. Geschenktes Land soll nicht ohne Zustimmung des Gebers veräussert werden. Will der Empfänger es verkaufen, so hat der Geber ein Einstandsrecht. Nach westgötischem Recht hat nicht nur der Schenker, sondern auch der Verkäufer ein Einstandsrecht an dem veräusserten Grundstück [2]. [Ebenso ist in Norwegen die Weiterveräusserung geschenkter Grundstücke von Rechts wegen an die Zustimmung des Schenkers gebunden [3].] An veräussertem Odalslande greift nach den norwegischen Frostuþingslög ein Einstandsrecht des Veräusserers Platz [4]. Der König hat ein Einstandsrecht an jedem von ihm veräusserten Grundstück, während er seinerseits, wenn er ein Gut durch Schötung veräussert, es keinem Vormanne zur Rückeinlösung anzubieten braucht [5].

Aus dem Kreise der friesischen Rechte sei hier nur ein vereinzeltes Rechtsinstitut als Analogon angeführt, die sogenannte Hornungsgabe, d. h. die Gabe, welche jemand seinem Friedelkinde oder seinen unehelichen Halbgeschwistern schenkt. Die Hornungsgabe soll auf die Nachkommen des Unehelichen bis ins dritte Glied [6],

du prochain héritier du donateur. Waren die Erben in die Gabe einbegriffen, so hat der Beschenkte das Recht, darüber frei zu verfügen, auch wenn es ihm nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist. Fast wörtlich so stehen beide Stellen bereits in den Coutumes von 1534 und 1540.]

[1] Nach v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 510 f. Dazu die auf S. 286 übersetzte Stelle aus Westgötalagen, II, Aruæ Bolk. 26: „Gibt ein Mann seinem Friedelkind Eigen oder seinem Freund oder Diener, bekommt der ein Kind nach sich, dann habe er dies Land. Bekommt er kein Kind, dann gehe es dahin zurück, von wo aus es gegeben war . . .“ Sollen auch die Kinder ausgeschlossen sein, so muss dies ausdrücklich bestimmt werden.

[2] v. Amira I 550.

[3] [v. Amira II 621.]

[4] Frostuþingsl. XII, 4. Karl Lehmann, Die altnordische Auflassung. Z. d. S. St. V 100. Ueber die Frage des Wiedereinlösungsrechtes nach den Gulaþingslög a. O. S. 91 Anm.

[5] . . . madr scal bióda konungi iörd, oc eigi konungr ödrum manni.

[6] Richthofen, Fries. Rqu. S. 236, 31: Huersa ma ene horninge ieuua iefth, so stondath tha ieuua lichte anda thene tredda sia. Jefth thi thredda sia theth nauuet ne bitiucht, sa ach thet god to huueruuane inna tha honda, ther hia uthe euuenen hebbath and nauuet inna tha sibbista honda. Vgl. Rh.

d. h. bis zum Urenkel des ersten Erwerbers, vererben und im Falle der Kinderlosigkeit an die Herdstätte fallen, von der sie gekommen, [1179] und nicht an die nächstgesippte Hand des letzten Besitzers [1]. [Der Rückfall der Hornungsgabe begegnet uns auch in nordischen Rechten [2] und in Gebieten des französischen Rechtes. So mag nach der Coutume von Sedan vom Jahre 1568 der natürliche Vater den sechsten Teil seiner Fahrhabe und der von ihm gewonnenen Liegenschaften dem Bastardsohne geben. Dieser darf die Liegenschaften nicht veräussern. Denn wenn er stirbt, ohne ein echtes Kind zu hinterlassen, so fallen sie an den Geber oder dessen Erben [3] und nicht an den Fiskus, der sonst nach französischem Rechte den Nachlass des Bastards nimmt. Im südlichen Frankreich gewährte die Jurisprudenz der Parlamente von Aix und Grenoble und ebenso das Pariser Parlament für die von ihm ressortierenden Gebiete des droit écrit dem natürlichen Vater das Rückfallrecht an der Gabe, die der kinderlos verstorbene Bastard von ihm erhalten hatte. Manche Gerichtshöfe gaben es aus Schenkungen an den Bastard auch den Grosseltern, Brüdern und Oheimen, während das Parlament von Toulouse es auf diese beschränkte [4].]

[Eine bedeutsame Rolle spielt der Gedanke der Zweckschenkung bei den Vergabungen des ehelichen Güterrechtes, indem nach zahlreichen Rechten Aussteuer, Wittum und Morgengabe unter gewissen Voraussetzungen an den Geber oder an den Geber und dessen Erben zurückfallen. Auf denselben Gedanken führt der Ursprung des französischen droit de retour zurück, welches in seinen verschiedenen, zum Teil dem Erbrecht angehörigen Ausgestaltungen darauf zugeschnitten war, die dem Descendenten, mitunter auch die dem Kollateralen zugewendete Gabe nach seinem kinderlosen Tode an den Geber zurückgelangen zu lassen. Die Formen des

---

Rqu. S. 337, 27; 381, 10. Wicht, Ostfriesisches Landrecht S. 329. 412 f. v. Amira, Erbenfolge S. 180. 198 f.

[1] Vgl. Wicht S. 343. [Die westerlauwerschen Domen kennen auch ein Erbrecht der von derselben Mutter geborenen Geschwister des Unehelichen. Rh. Rqu. S. 421, 8. Von dem Rückfalle der Aussteuer nach friesischem Rechte wird in dem Aufsatze über das droit de retour gehandelt werden.]

[2] Vgl. Wilda, Z. f. D. R. XV 264. 266.

[3] [Coutume de Sedan art. 116 bei Bourdot de Richebourg, Coutumier général II 826.]

[4] [Georges Marquis, De la dot profectice en droit romain. Du droit de retour de l'ascendant donateur dans l'ancien droit français 1885, S. 223 ff.]

französischen droit de retour und die ihm verwandten Erscheinungen andrer germanischer Rechte bleiben einer besonderen Untersuchung vorbehalten, die weiter unten folgen soll [1].]

Ergiebige Ausbeute liefern bereits die Quellen der fränkischen Zeit für die Auffassung, dass durch die Schenkung im Zweifel nicht eine unbeschränkte Entäusserung erfolge, sondern nur ein beschränktes oder ein beschränktes und bedingtes Recht übertragen werde. Unter diesem Gesichtspunkte sollen im folgenden zunächst ausserfränkische Rechte, nämlich das bayerische, das burgundische, das angelsächsische und langobardische sowie das westgotische Recht, ins Auge gefasst werden.

Für Bayern kommen die Landschenkungen an Laien und Kleriker, und zwar insbesondere die herzoglichen Landschenkungen aus der Zeit der Agilolfinger, in Betracht, welche als eine den merowingischen Krongutverleihungen gleichartige, den karolingischen Benefizien gleichzeitige Erscheinung eine möglichst eingehende quellenmässige Erörterung verdienen [2]. In Urkunden und Güterverzeichnissen bayerischer Kirchen wird häufig betont, dass eine Schenkung an die Kirche mit Erlaubnis des Herzogs erfolgt sei. Die Güterverzeichnisse von Salzburg und Niederaltaich stellen derartige Schenkungen in eigentümlichen Gegensatz zu den konsenslosen Traditionen. Ueber den ältesten Besitzstand Salzburgs haben wir zwei gesonderte, ungefähr gleichzeitige Aufzeichnungen, den Indiculus Arnonis und die Breves Notitiae [3]. Der Indiculus verzeichnet nur jenen Erwerb der Kirche, der aus herzoglichem Gute herstammt, nämlich die Schenkungen der Herzoge selbst, und ausserdem solche, die mit deren Erlaubnis von andern gemacht wurden [4]. Zu den letzteren gehört erstens das, was liberi Baioarii

[1] [Einzelne neue Belege für den hier entwickelten Charakter der germanischen Schenkung wird Julius Ficker im dritten Bande seiner Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte beibringen.]

[2] Roth, Benefizialwesen S. 243. 244. Waitz, VG. II, 1, S. 328. Edgar. Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts II 666.

[3] Im folgenden citiert nach der Ausgabe von Fr. Keinz, 1869. Der Indiculus ist bald nach 788, die Breves Notitiae sind wahrscheinlich Ende des achten Jahrhunderts entstanden.

[4] Eingeführt im JA. 6, 1 mit den Worten: item de hoc, quod tradiderunt liberi Baioarii per licentiam Tassilonis ad supradictum episcopatum, quod fuit eis ex causa dominica beneficiatum, similiter et de illis potestatem non habentes de se.

schenkten aus dem Gute, quod fuit eis ex causa dominica beneficiatum, und gehören zweitens die Schenkungen von homines potestatem non habentes de se, d. h. von Personen, welche ihr Vermögen ohne Rücksicht auf dessen Herkunft wegen ihrer persönlichen Abhängigkeit von einem Herrn nicht ohne seinen Konsens veräussern können[1]. Die entsprechenden Abschnitte der Breves [1180]
Notitiae ergänzen die im Indiculus verzeichneten Schenkungen durch die Traditionen, welche von homines potestativi[2] aus freiem Eigengut, de proprietate selbständig gemacht worden sind[3]. Dieselbe Unterscheidung liegt dem vom Abt Urolf (799—806) angelegten Verzeichnis der ältesten Erwerbungen des Klosters Niederaltaich zu Grunde[4]. Dasselbe zerfällt in zwei Teile. Der erste zählt unter der Ueberschrift: de res, quod Otilo dux . . cum sociis suis condonavit, die herzoglichen Schenkungen auf und ausser ihnen nur

[1] Zu ihnen gehören die in 6, 4 genannten Mazzo et Appo et Arbertus non potestatem habentes, aber ebenso der 6, 13 genannte Johannis servus.

[2] BN. 14, 4: nobiles et potestativi homines und 14, 2 nobiles viri ac potestativi. In 14, 40. 42. 48. 50 erscheinen homines potestativi, welche nicht nobiles sind. Häufig fehlt der Zusatz potestativus bei den nobiles; ihre potestas tradendi wird als selbstverständlich vorausgesetzt. Alexandra et Jacob, die im JA. 6, 7 sechs Mansen zu Aterhof ex causa dominica schenken, geben in BN. 14, 42 als homines potestativi ihr freies Eigen zu Aterhof. Der homo potestativus ist also gleichfalls auf die Lizenz angewiesen, wenn er das vom Herzog geschenkte Gut veräussern will.

[3] Vergleicht man die Schenkungen der gleichnamigen Donatoren in JA. 6 und BN. 14, so zeigt sich, dass die Schenkungen ex proprietate den BN. eigentümlich sind, dass sie aber daneben auch Schenkungen, die im JA. als donationes ex causa dominica stehen, anhangsweise anführen, ohne ihre fiskalische Herkunft zu erwähnen. Z. B.

J. 6, 3: Onno et filius eius Sigiuuolf et Sigibaldus iudex tradiderunt per licentiam in Vico Romanisco mansos apsos II.	BN. 14, 3: Sigiboldus iudex et Anno frater eius, filiusque eiusdem Sigiwolf trad. omnes res proprietatis suae, quas habuerunt in Vico Romanisco et mansus II.
J. 6, 10: Dignolus tr. p. l. in Liueringa mansos III apsos.	BN. 14, 9: Dignolus tr. res suas in Liueringe et colonia(s) tres.

Vgl. noch JA. 6, 2. 7. 15 mit BN. 14, 1. 42. 24 und 14. Fast scheint es, als wären die BN. nach den Traditionsurkunden gearbeitet, von welchen manche zugleich freies Eigen und sogenanntes Benefizium des Donators betrafen, während bei der Zusammenstellung des JA., bei der es auf genauen Nachweis der herzoglichen Lizenz ankam, die noch unten zu erwähnenden herzoglichen Konsensbriefe benutzt worden sein mögen.

[4] Monumenta Boica XI 14 ff. Roth, B. W. a. O.

solche, welche mit herzoglicher Erlaubnis vollzogen wurden [1], darunter Schenkungen von servi oder homines dominici, homines tributales, die wir im Sinne des Indiculus Arnonis als homines potestatem non habentes bezeichnen müssten. Der zweite Teil: haec vero est traditio nobilium quae subter inserta nectitur, führt nur konsenslose Traditionen auf, darunter neunzehn, in welchen eine „hereditas“ Gegenstand der Schenkung ist, und eine, in welcher der Donator eine villa cum omni adquesitu suo schenkt.

Auch die bayerischen Traditionsurkunden lassen sich aus dem Gesichtspunkte der Veräusserungslizenz in zwei Gruppen teilen.
[1181] Eine nicht unerhebliche Zahl hebt den Konsens des Herzogs hervor, während dies bei etwa zwei Dritteln des erhaltenen Urkundenbestandes nicht der Fall ist. Einige Urkunden, die den Konsens konstatieren, betonen ausdrücklich, dass der Donator das Gut, welches er der Kirche tradiert, durch herzogliche Schenkung erworben habe.

Mon. Boica 28, 2, p. 14, H.[2] 11, a. 754: permittente Tassilone duci dono .. villa Sulzzipah, quem mihi Otilo dux presentibus bonis Baiouuariis perdonavit ... Si quis .. hanc donationem, quam ego bona voluntate et cum commeatu Tassilone duci fieri et firmare rogavi ..

UOE.[3] I 8, nr. 13, H. nr. 42, a. 771: statui apud me ipsum cum consensu et licencia summi principis Tassiloni de substancia, qua mihi princeps prefatus concessit ad Marchluppa, omnia que ibidem habeo .. trado ..

UOE. I 70, nr. 117, undatiert: Ego Alpkis .. statui apud me ipsum et licenciam summi principis Tassiloni de substancia, quam mihi princeps prefatus concessit ad Pahmannon, omnia que ibidem habeo ...

[1] Bei allen Donatoren, die neben Otilo und Tassilo genannt sind, wird des comeatus oder der licentia Otilonis oder Tassilonis Erwähnung gethan. Z. B. In villa Elirespach dedit Otilo illam capellam cum mansos VII et de ipsa villa Elirespach dedit Paldo per comeatum Otilonis tertiam partem et postea per licentiam Tassilonis tradiderunt Einhardus et Sigipaldus illas duas partes et locum qui vocatur Pholinchofa.

[2] Die Abkürzung H. bezeichnet im folgenden des Grafen Hundt Regesten der datierten Urkunden aus der Zeit der Agilolfinger, 1873, Abh. der bayer. Akad. III. Kl. 12. Bd. 1. Abt. S. 194 (S. 50 des Sep.-Abdr.).

[3] Urkundenbuch des Landes ob der Enns, 1852.

M. nr.[1] 27, H. 53, a. 772: ut dominum meum et inlustrissimum ducem domnum Tassilonem deprecare debuissem, ut ex beneficiis illius aliquid ad ecclesiam tradendi concederetur licentiam, qui suae largae bonitatis tradendi consensit locum ... quam donationem ducali consensu ... perfecimus.

M. nr. 40, H. 70, a. 773: per consensu Tassiloni atque licenciam villam propriam ... tradedi ... dono enim praenotatum beneficium tam pro domno Tassilonem, qui mihi inspiratione divina hoc largitus est donare ... Testes: ... Dux Tassilo, qui haec fieri iussu consensit. .. Et ego Tassilo dux manu propria confirmavi.

UOE. I 21, nr. 33, H. 87, a. 376: cum consensu et licencia summi principis Tassilonis ego Reginolf pecuniam, que fuit Reginhari hominis mei et eam mihi concessit dominus meus Tassilo ... trado atque confirmo omnia, que ibidem habeo, curtem ... terram, pratas ...

Diesen Beispielen ist hier noch eine Urkunde anzureihen, in welcher nicht der Herzog, sondern ein Unterthan die Erlaubnis zur Veräusserung des von ihm geschenkten Gutes erteilt.

UOE. I 36, nr. 60, H. 55, a. 772: trado et transfundo [1182]
propria mea in loco P. quod ego adquesivi a senioribus meis, cum consensu seniori meo nuncupante Egino.

Dass in diesen Fällen der Konsens des Herzogs, beziehungsweise des Seniors deshalb eingeholt wird, weil der Donator das Gut, welches er der Kirche tradiert, durch Landgabe von ihm erworben hat, ist sicher und unbestritten.

Zweifelhaft und streitig ist dagegen die Bedeutung der Veräusserungslizenz in den zahlreicheren Urkunden, welche zwar die herzogliche Erlaubnis oder Mitwirkung hervorheben, aber nicht erwähnen, dass der Schenker sein Besitzrecht vom Herzog herleite[2].

---

[1] Meichelbeck, Hist. Frising. I, pars instrum.

[2] MB. 28, 2, p. 1: cum consensu Huotilonis ducis. — Meichelbeck I 48, H. 3, a. 747. — M. I 52, H. 10, a. 754. — M. nr. 7, H. 16, a. 759. — M. nr. 4, H. 18, a. 759. — M. nr. 6, H. 19, a. 760. — M. nr. 12, H. 23, a. 763: per consensum ... Tassilonis et satrabum eius atque confinitimorum nostrorum consentientium. M. I 68, H. 38, a. 770. — M. I 75. 76, H. 47, a. 772. — M. nr. 31, H. 52, a. 772. — UOE. I 69, H. 59, a. 772. — M. nr. 45, H. 69, a. 773. — Ried, Cod. diplom. Ratisb. I 3, nr. 4, H. 80, a. 776. — M. nr. 66,

Der Inhalt der Urkunden lässt nur ersehen, dass der Donator per licentiam oder per consensum oder unter Mitwirkung des Herzogs an die Kirche tradierte ea quae habuit, mancipia sua, oder colonias oder rem propriam, hereditatem suam, propriam hereditatem, partes hereditatis, possessionem propriae hereditatis, aliquid de hereditate, quam mihi meus genitor dereliquit, de propria alode seu de adquisitione sua[1]. Während Paul Roth den herzoglichen Konsens schlechtweg aus der herzoglichen Landschenkung erklärte, sprach E. Löning die Vermutung aus, dass in Bayern zu jeder Vergabung von Grundstücken an die Kirche die herzogliche Erlaubnis erforderlich gewesen sei. Allein diesem angeblichen Rechtssatze steht die Bestimmung der Lex Baiuwariorum (I, 1) im Wege, dass niemand, selbst nicht der König oder der dux, den freien Mann hindern dürfe, sein Gut der Kirche zu schenken, ebenso die Vorschrift der Dingolfinger Synode von 772, c. 6: ut si quis de nobili genere de hereditate sua voluisset dare ad sanctuarium Dei, in
[1183] sua potestate esset, nemo prohibuisset. Es würde ferner unerklärt bleiben, dass etwa zwei Drittel der vorhandenen Traditionsurkunden den Veräusserungskonsens verschweigen, dass die Salzburger Breves Notitiae ihn bei Schenkungen ex proprietate, das Breviar Urolfs bei Schenkungen von hereditas nirgends hervorheben, und dass eine und dieselbe Person bald mit Konsens, bald ohne Konsens veräussert[2].

H. 84, a. 776. — M. nr. 67, H. 85, a. 776. — Hundt, Anh. nr. 6, p. 217, H. 86, a. 776: flagitavimus Attonem abbatem et Isanhardum domnum nostrum, ut per consensum atque licentiam ... Tassiloni ... hanc traditionem facere liceat. — MB. 8, 364, H. 89, a. 776. — Ried I 3, nr. 5, H. 101, a. 778. — MB. 8, 366, H. 107, a. 779. — M. nr. 53, H. 110, a. 780. — M. I 80, H. 113, a. 782. — UOE. I 26, nr. 44, H. 114, a. 783. — MB. 8, 367, H. 116, a. 785. — MB. 28b, 41, H. 117, a. 785. — M. nr. 98, H. 119, a. 788. — M. nr. 10, a. 754—757. — UOE. I 3, nr. 4, a. 753—781. — UOE. I 58, nr. 96, a. 760—788. — MB. 28b, 8, a. 770—788. — M. nr. 80, a. 764—780. — M. nr. 93, a. 780—784. — Hundt, Anh. nr. 8, p. 218, a. 784—788. — UOE. I 54, nr. 90. — Keinz, Ind. Arnonis, Anh. p. 64 = Notizenblatt z. Arch. für Kunde öst. Gqu. VI 43, nr. 93. — Ried I 4, nr. 6. — M. nr. 115. 116. 324.

[1] De p. a. s. d. a. s. in M. nr. 7. 66. 67, Hundt, Anh. nr. 6. Neben der alodis ist stets die adquisitio genannt.

[2] In MB. IX 16 schenkt Sigirihhus episcopus an Niederaltaich per licentiam Tassilonis, in MB. IX 17 an dieselbe Kirche ohne Konsens. Alpkis, welcher in UOE. I 70 mit Konsens tradiert, ist nach Hundt a. O. S. 225 identisch mit dem Albkis, der in M. nr. 220 gekauftes Gut ohne Veräusserungslizenz an Freising schenkt.

Da zudem das bayerische Recht mit der Konsensbedürftigkeit frommer Schenkungen in der fränkischen Zeit völlig alleinstehen würde, so dürfte Lönings Vermutung abzulehnen sein. Andrerseits wird man aber zugeben müssen, dass der Konsens nicht überall aus herzoglicher Verleihung des der Kirche zu tradierenden Gutes erklärt werden darf, sondern andre Ursachen haben kann. So beruht das Erfordernis der Veräusserungslizenz nicht auf dem Charakter des Gutes, sondern auf der persönlichen Abhängigkeit des Donators bei den homines potestatem non habentes, welche des Konsenses zur Tradition ihres Besitztums auch dann bedurften, wenn sie es nicht von ihrem Herrn erworben hatten[1]. Konsensbedürftig waren wohl auch Schenkungen über Grundstücke, die durch Rodung in fiskalischen Wäldern oder Wüstungen gewonnen worden waren[2]. Auch darf der Veräusserungskonsens nicht verwechselt werden mit der herzoglichen Zustimmung zur Errichtung neuer Kirchen[3] und mit der Erlaubnis zur Selbsttradition freier Leute oder zur Tradition freier Kinder an eine bestehende Kirche[4]. In einzelnen Fällen[5] mag der Konsens nicht sowohl als Veräusserungslizenz denn zur Bekräftigung einer an sich nicht konsensbedürftigen Schenkung erwirkt worden sein, um den kirchlichen Besitzstand gegen Anfechtungen sicher zu stellen.

Kann sonach die Einholung des Konsenses auf verschiedenen Ursachen beruhen, so liegt es doch am nächsten, sie im Zweifel aus der Weiterveräusserung einer durch Landgabe erworbenen res dominica zu erklären, auch wenn die Urkunde dieses Moment mit Stillschweigen übergeht. Wenigstens lässt sich für einen einzelnen Fall der bestimmte Nachweis führen, dass das mit Konsens veräusserte Objekt aus herzoglicher Schenkung herrührte, obwohl die [1184]
Traditionsurkunde nichts davon erwähnt. Infolge eines glücklichen Zufalles ist uns nämlich zu dieser Veräusserung der herzogliche Konsensbrief erhalten. Man hat ihn bisher übersehen, weil die Tradition und der Konsensbrief missverständlich in eine einzige

[1] Auf persönlicher Abhängigkeit beruht es vielleicht, wenn in M. nr. 98, H. 119 Heimrat mit Erlaubnis des Herzogs tradiert, quicquid propria pecunia adquisivit. Siehe noch oben S. 12.

[2] MB. 28, b. 1. Vgl. 28, b. 196.

[3] MB. 8, 363, M. I 52, H. 10, M. nr. 97.

[4] UOE. I 17, nr. 27, M. nr. 93.

[5] Siehe oben S. 14 Anm. 1.

Urkunde zusammengeschrieben worden waren. Letztere lautet nach dem Abdruck im Urkundenbuche des Landes ob der Enns I 17, nr. 27:

> Gloriosissimo atque precellentissimo Tassilo dux Bauuariorum uir inluster di[ri]gimus uobis salutacionem ut precimus uobis Oportunus ... ut suscipias illum in honore meo cum gaudio, ut ueraciter scias, quod licenciam habet de nobis se ipsum commendare deo nuncupante ipse Uuolfperht cum suis ... ad cenubium istum, ut scias cum consensu donum meum in loco nuncupante Uualtkisinga licenciam habet de nobis donare pro anima sua ad locum sanctum istum quicquid illic habeo ... terciam partem dabo uxorem meam nuncupantem [1] Alpsuuind cum consensu Tassiloni unum colonem et II homines domesticos ... sunt multi testes.

Mit den Worten quicquid illic habeo beginnt die von Wolfperht ausgestellte Traditionsurkunde. Was ihr vorausgeht, ist der herzogliche Konsensbrief [2]. Aus seinem Inhalt ist zu ersehen, dass der Donator die Veräusserungslizenz vor der Tradition bei dem Herzoge einholt, der darüber ein an den Prälaten der bedachten Kirche adressiertes Schreiben ausfertigen lässt, worin das Objekt der bevorstehenden Schenkung bezeichnet wird. Der Donator präsentierte hierauf den erwirkten Konsensbrief dem Abte der bedachten Kirche, und dieser liess das Niederschreiben der Traditionsurkunde besorgen, durch deren Begebung der Donator die Schenkung vor dem Altar der Kirche vollzog. Im vorliegenden Falle benutzte der Schreiber des Klosters Mondsee den auf dem Konsensbriefe leergebliebenen Raum, um sofort unter dem Text desselben die epistola traditionis als Zusatzurkunde anzubringen. Während in die Kopialbücher sonst nur die Traditionsurkunden, nicht die Konsensbriefe eingetragen wurden, hat die Hand, welche den ältesten Codex traditionum des Klosters Mondsee schrieb, den Konsensbrief Tassilos und Wolfperhts Traditio in einem Zuge, als ob sie eine einzige Urkunde wären, abgeschrieben, ein Versehen,

---

[1] l. et uxor mea nuncupante.

[2] Seine eigentümliche Fassung erklärt sich aus flüchtiger Ausfüllung des dafür benutzten Formulars. Genannt wird nur der Name des Abtes von Mondsee, dagegen nicht der Name des Klosters. Aus der Formel ist das illum nach suscipias, ist das cenobium istum, ad locum sanctum istum herübergenommen worden, obwohl die Kirche vorher gar nicht erwähnt worden ist.

dem wir die Ueberlieferung des einzigen aus agilolfingischer Zeit erhaltenen Konsensbriefes verdanken.

Nicht immer wird ein Konsensbrief eingeholt. Manchmal [1185]
erfolgt die Tradition in Gegenwart des Herzogs [1]. Dann konnte der Konsensbrief entbehrt werden. Der Herzog signierte dafür die Traditionsurkunde, gab wohl auch dem Schreiber den Urkundungsbefehl.

Nicht leicht ist es, den Charakter des Rechtes, welches die herzogliche Landschenkung begründete, mit einiger Sicherheit festzustellen und zu entscheiden, ob der Beschenkte nur ein Leiherecht oder ein beschränktes Eigentum an dem Gegenstande der Schenkung erwarb. Nach dem Indiculus und nach den Breves Notitiae sollte man meinen, dass ihm das Gut nicht in proprietatem, sondern in beneficium gegeben wurde. Das Breviar Urolfs unterscheidet von den konsentierten Schenkungen die geschenkten hereditates. In der oben Seite 13 angeführten Urkunde von 773, Meichelbeck nr. 40, wird das geschenkte Gut beneficium genannt, in M. nr. 27 von 772 die Erlaubnis des Herzogs betont, ex beneficiis illius aliquid tradendi. Trotzdem glaube ich, dass die agilolfingischen Landschenkungen nicht ein Leiheverhältnis im Sinne des fränkischen Benefizialwesens, sondern ein beschränktes und bedingtes Eigentum geben und der Ausdruck beneficium, wo er dafür auftritt, nicht in technischer Anwendung gebraucht wird. In UOE. I 36, a. 772 werden mit Konsens des Seniors tradiert propria mea, quod ego adquesivi a senioribus meis. In M. nr. 40 nennt der Donator das geschenkte Objekt zugleich villa propria und beneficium. Das Wort beneficium kann hier

---

[1] M. I 48, H. 3, a. 747: trado rem propriam meam ... in presentia Oatiloni ducis. Et post haec ego Tassilo ... hanc epistulam confirmavi propria manu mea. M. nr. 4, H. 18, a. 759: Post hoc signum manus Tassilonis ducis consentienti ... Ego A. iussus de duce inclito scripsi. M. nr. 6, H. 19, a. 760: Ego Tassilo ... confirmavi hanc epistulam. M. nr. 31, H. 52, a. 772: A. conscripsi vidente Tassilone et manu propria confirmante. M. I 80, H. 113, a. 782: hoc autem decrevit fieri ... Tassilo ... seu filius ipsius nobilissimus Theoto hanc traditionem probavit. M. nr. 10, a. 754—757: actum coram Tassiloni duce ipso confirmante. MB. 28, 2. p. 8, a. 770—788: scribsi ego P. iussus a summo principe Tass. M. nr. 324: tradidit ... Tassilone ... ibidem manente ipsam traditionem sciens et consentiens. M. I 68, H. 38, a. 770: consentiente ... Tassilone, qui manu propria traditionem firmavit ... Inprimis dux Tassilo testis.

füglich nur in der schon den römischen Rechtsquellen geläufigen Bedeutung von donum, largitas gemeint sein, und in diesem Sinne brauchen es auch die Breves Notitiae, wenn sie in der Ueberschrift zu c. 5 von beneficia ab ipso duce ad eandem sedem (Juvavensem) contradita sprechen[1]. Gegen ein blosses Leiherecht fällt insbe-
[1186] sondere der Umstand ins Gewicht, dass die Tradition des Gutes an die Kirche durch die Hand des Besitzers erfolgt. Da bei dem technischen Benefizium das Eigentum des verliehenen Grundstücks dem Verleiher verbleibt, kann die Uebereignung an einen Dritten von Rechts wegen[2] nur durch die Hand des Leiheherrn oder in seinem Namen durch einen Bevollmächtigten geschehen. Gesetzt, aber nicht zugegeben, dass in fränkischer Zeit Ausnahmen von diesem eigentlich selbstverständlichen Rechtssatze vorgekommen seien[3], so bliebe es doch in hohem Grade auffallend, dass in Bayern durchaus der Inhaber der herzoglichen Landschenkung und nicht der Eigentümer, der Herzog, die Uebereignung vollzieht,

---

[1] Noch in der Urkunde Arnulfs für Salzburg von 890, Kleinmayrn, Juvavia p. 113 findet sich die dem Indiculus entsprechende Wendung: ... cum omnibus que ab antecessoribus nostris antea beneficiata fuissent, firmamus in proprium. Auch ist es wohl kein Zufall, dass die von Waitz, VG. VI 89, zusammengestellten Bezeichnungen der lebenslänglichen proprietas als beneficium propriale, proprietas et beneficium, proprietas seu beneficium gerade aus Bayern stammen.

[2] Roth, BW. S. 416. Waitz, VG. IV 210.

[3] Waitz führt a. O. Anm. 1 nur einen einzigen Fall an (die übrigen Beispiele sind agilolfingisch). In MB. 28, a, nr. 3, p. 5, a. 807 bestätigt Karl einen Tausch, welchen Bischof Agilward von Würzburg und Graf Audulf über Güter in Franken abgeschlossen hatten. Dedit episcopus .. ad partem nostram ecclesia(m) una(m) ... in compensatione huius meriti dedit .. Audulphus comis per nostrum comitatum de eius beneficio .. ecclesia una .. et in alia villa .. quantumcunque .. Agilulfus presbiter adhuc habere uisus est. Es handelt sich da um einen mit vorausgegangener Erlaubnis des Königs vorgenommenen Tausch, bei welchem das eingetauschte Gut königliches Eigentum wird. Der Graf fungierte als amtlicher Vertreter des Fiskus. Im Interesse der Kirche wird das Rechtsgeschäft nachträglich durch königliches Diplom konfirmiert. Es ist schon eine Ausnahme von den Grundsätzen des strengen Lehnrechts, wenn der Vasall sein Recht am Lehen mit Zustimmung des Lehnsherrn veräussert, da der Uebergang des Lehens auf einen Dritten eigentlich die Rückgabe des Lehens in die Hand des Lehnsherrn und die Belehnung des Erwerbers durch den Lehnsherrn erfordert. Dagegen widerstreitet eine Uebereignung des Lehnsobjektes durch die Hand des Vasallen den Grundsätzen des Lehnwesens und der Natur des Leiheverhältnisses.

dieser auch dann nicht, wenn er bei der Tradition an die Kirche zugegen ist[1].

Die Quellen gestatten den Nachweis, dass die agilolfingische Landschenkung vererbt wurde. Doch blieb die Erblichkeit eine beschränkte, denn nur die Nachkommen des ersten Erwerbers haben ein Erbrecht erlangt. In den Dingolfinger Dekreten gewährt Tassilo die Vererbung der Landschenkungen seiner Vorfahren auf die Descendenten der Erwerber, und zwar unter der Bedingung treuer Dienste, von der noch weiter unten die Rede sein wird.

LL. III 460, c. 8: De eo, quod parentes principis quodcumque praestatum fuisset nobilibus intra Baiuvarios, hoc constituit, ut permaneret et esset sub potestate uniuscuiusque relinquendum posteris, quamdiu stabiles foedere servassent apud principem ad serviendum sibi, et haec firma permaneret; ita constituit.

Bei den technischen Benefizien der Karolinger hatte der Sohn noch im neunten Jahrhundert keinen Rechtsanspruch auf die Nachfolge in den Benefizialbesitz des Vaters[2], und soweit [1187] eine thatsächliche Erblichkeit sich anbahnt, wird sie dadurch vermittelt, dass nach dem Tode des Besitzers dessen Sohn aufs neue beliehen werden muss[3]. Allein das Dingolfinger Dekret spricht nicht nur die allgemeine Vererblichkeit auf die Descendenten aus, sondern es gewährt mehr als die blosse Versicherung einer Widerverleihung an die Nachkommen des verstorbenen Besitzers. Die Worte: esset sub potestate uniuscuiusque relinquendum posteris schliessen den Mannfall und das Erfordernis einer erneuten Verleihung aus. Waitz bemerkt daher mit gutem Grunde, dass in den Dingolfinger Dekreten nicht, wie man früher meist annahm, von eigentlichen Benefizien die Rede sei[4].

Auf eine mindestens thatsächliche Erblichkeit der agilolfingischen Landschenkung weisen auch vereinzelte Angaben des Indiculus und des Breviarius Urolfi hin. Verschiedene Besitzungen, welche der Indiculus unter den Traditiones ex causa dominica anführt,

[1] M. nr. 40, H. 70 oben S. 13.
[2] Waitz, VG. IV 225.
[3] Waitz, VG. IV 204. 225 f.
[4] VG. IV 204 Anm. 3.

werden nämlich durch gemeinschaftliche Vergabung von Brüdern oder sonstigen Seitenverwandten oder von Vater und Sohn oder von Mutter und Sohn tradiert[1]. Die gemeinschaftlichen Vergabungen durch Seitenverwandte können wohl nur aus ungeteilter Erbschaft erfolgt sein. Denn höchst unwahrscheinlich wäre für diese Zeit die Erklärung, dass der Herzog das Gut nicht ihrem gemeinschaftlichen Ascendenten, sondern ihnen selbst zu gesamter Hand verliehen habe. Die Mitwirkung des Sohnes bei Veräusserungen der Eltern lässt darauf schliessen, dass er ein Erbrecht an dem Gute oder ein Recht auf Abschichtung hatte. Aus dem Uebergange des Gutes auf den Descendenten des Erwerbers erklären sich ferner am einfachsten die nicht seltenen Fälle, in welchen Frauen Grundstücke ex causa dominica mit Konsens des Herzogs veräussern[2]. Lehrreich ist auch die Tradition der Villa Elirespach an Niederaltaich[3]. Mit Erlaubnis Otilos schenkt Paldo den dritten Teil dieser Villa. Später tradieren mit Erlaubnis Tassilos Einhard und Sigipald die zwei übrigen Teile. Das Gut hatte also drei Besitzer, vermutlich Brüder, die es vom Vater ererbt hatten und von welchen Paldo schon in der Zeit Otilos seinen Anteil sich hatte ausschichten lassen. Die gemeinschaftliche Nachfolge mehre-
[1188] rer Söhne, wie sie in Bayern vorausgesetzt werden muss[4], stimmt gleichfalls nicht zu den Grundsätzen des Benefizialwesens, nach welchen die Zersplitterung des Benefiziums dadurch vermieden wird, dass es, wenn überhaupt in der Familie des Erwerbers bleibend, in der Regel nur einem seiner Descendenten aufs neue verliehen wird.

Nach alledem kann die agilolfingische Landschenkung nicht ein blosses Leiherecht, sondern muss sie ein beschränktes Eigentum begründet haben. Wenn die Güterverzeichnisse von Salzburg und Niederaltaich ihr die proprietas und die hereditas gegenüberstellen, so verstehen sie darunter freies Eigentum und angestammtes Allod und steht ihre Terminologie vermutlich unter dem Banne fränki-

---

[1] JA. 6, 3: Onno et filius eius Sigiuuolf et Sigipaldus iudex (frater Onnonis nach BN. 14, 3); 6, 5: Hrodkaer et Gotescalk et Eparachar tradiderunt; 6, 7: Alexandra et Jacob filius eius; 6, 15: Bertcuoz et Gaermunt et Patto vendiderunt res eorum per licentiam Tassilonis ex causa dominica.

[2] Tisa, JA. 6, 12; Ermlint, 6, 14; Alexandra, 6, 7.

[3] Siehe oben S. 12 Anm. 1.

[4] Sie entspricht auch dem Wortlaute des Dingolfinger Dekrets.

scher Anschauungen, wie sie Arno nach Salzburg brachte und wie sie sich unter der Regierung Karls des Grossen in Bayern geltend machen konnten. Dagegen liegt meines Erachtens kein Grund vor, in den zu agilolfingischer Zeit abgefassten Urkunden (von Freising, Mondsee und Passau), welche die mit Konsens des Herzogs vollzogene Tradition einer res propria[1], hereditas[2], propria hereditas[3] konstatieren, die Möglichkeit schlechtweg abzulehnen, dass das Gut etwa von Vorfahren des Veräusserers durch herzogliche Landschenkung erworben worden sei.

Wie bei den Bayern die Erblichkeit der herzoglichen, ist bei den Burgundern die Erblichkeit der königlichen Landschenkung auf die Descendenz des Erwerbers beschränkt. Doch sind hier nicht alle, sondern nur die männlichen Descendenten erbberechtigt. Eine Konstitution des Königs Gundobad (Lex Burgundionum I, 3) sichert den Burgundern den Fortbestand der Schenkungen seiner Vorgänger in der Weise zu, dass sie auf die Söhne der Beschenkten übergehen sollen[4]. Ein Veräusserungsrecht hatte der Besitzer nicht. Schon die Bestimmung, dass die Schenkung auf die Söhne vererben soll, und das zu unterstellende Heimfallsrecht des Königs schliessen das Veräusserungsrecht des Besitzers aus. Uebrigens lässt sich der Mangel desselben aus dem Verhältnis von Lex Burgundionum I, 3 zu den vorausgehenden Kapiteln erschliessen. Diese regeln den Fall, dass ein Burgunder, welcher Söhne hat, Bestandteile seines Vermögens veräussern will oder aus zweiter Ehe Söhne [1189] gewinnt. Heisst es dann in I, 3 von den königlichen Landschenkungen: ut filiis suis relinquat, so kann damit nur gemeint sein, dass der Besitzer das in I, 3 statuierte Veräusserungsrecht entbehre[5].

---

[1] M. I 48, H. 3. — M. I 52, H. 10. — M. nr. 45, H. 69.

[2] M. I 68, H. 38. — UOE. I 69, H. 59. — M. nr. 53, H. 110. — M. nr. 80. — UOE. I 54.

[3] M. nr. 4, H. 18; nr. 6, H. 19; nr. 12, H. 23. — M. nr. 31, H. 52. — M. I 80, H. 113. — MB. 28, b, 8. — Keinz, Ind. Anh. S. 64. In der complacitatio, Juvavia 125 wird lebenslängliches Eigentum proprietas hereditaria genannt, in M. nr. 683, a. 853 quasi hereditario iure übertragen.

[4] Ut si quis de populo nostro a parentibus nostris munificentiae causa aliquid percepisse dinoscitur, id quod ei conlatum est, etiam ex nostra largitate, ut filiis suis relinquat, praesenti constitutione praestamus.

[5] Den Titel I der Lex Burgundionum betrachte ich gegen Gaupp, der darin eine jüngere Einschaltung sieht, als ursprünglichen Bestandteil der Lex,

Besonderen Beschränkungen unterlagen Schenkungen, die aus Anlass eines Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisses gemacht worden sind. Sofern nichts andres bestimmt worden ist, hängt ihr Fortbestand von der Fortdauer jenes Verhältnisses ab, so dass mit dessen Auflösung die Gabe an den Geber zurückfällt[1]. Nach angelsächsischem Rechte kann der Gesithcundman, der von seinem Herrn mit Land ausgestattet worden ist, freiwillig abziehen, und darf er diesfalls seinen Gutsverwalter, seinen Schmied und seine Kindamme mitnehmen. Dieses Abziehen kann füglich nur aus einem Aufgeben des Dienstverhältnisses erklärt werden[2]. Einige Verwandtschaft zeigt eine Bestimmung des langobardischen Edikts. Wenn ein Freier auswandern (migrare) will, so verliert er, was ihm der Herzog oder ein freier Mann geschenkt hat, weil er nicht bei ihm oder seinen Erben bleiben will. Die Gabe fällt dann an den Geber oder dessen Erben zurück[3]. Das angelsächsische Recht kennt ein sogenanntes Heergeräte (heregeatu), welches aus dem Nachlasse des verstorbenen Mannes an dessen Herrn zu entrichten ist. In Pferden, Waffen und Geld bestehend, wird es mit Recht daraus erklärt, dass Pferd und Waffen, wie sie der Mann bei Eingehung des Dienstverhältnisses vom Herrn zu erhalten pflegte, mit

---

und zwar mit Rücksicht auf den Paralleltitel des Papian, nehme aber an, dass I, 1 von Sigismund eine noch jetzt aus der Textierung deutlich ersichtbare Abänderung erfuhr. Vor derselben scheint Titel I, 1 die Vorschrift enthalten zu haben, dass der Vater nach erfolgter Abteilung über einen Kopfteil seines Vermögens verfügen dürfe. [Vgl. H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 336 f. Anm. 16. 17.]

[1] Ich kann mir nicht versagen, hier auf eine Stelle der fragmenta Vaticana c. 272 hinzuweisen, die auch durch ihren Sprachgebrauch für die Terminologie der fränkischen Zeit bedeutsam ist. Etsi . . . libertus . . . ea, quae sibi donata sunt, pleno iure ut dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit. Quod observabitur etiam circa ea, quae libertorum nomine pecunia tamen patronorum et beneficio comparata sunt. Nam qui obsequiis suis liberalitatem patronorum provocaverunt, sunt digni quin eam retineant, cum coeperint obsequia neglegere.

[2] Ine 63, vgl. Schmid, Ges. der Angelsachsen S. 599 f.

[3] Rothari 177: et si aliquas res ei dux aut quicumque liber homo donavit et cum eo noluerit permanere vel cum heredes ipsius, res ad donatorem vel heredes eius revertantur. Vgl. die Motivierung von Aistulf 11: quia iustum nobis apparuit, ut homo benefactorem suum vivente eum demittere non debeat . . . Vgl. unten S. 23 Anm. 4.

dem Tode des Mannes dem Herrn heimfallen[1]. Nach langobardischem Rechte kehrt die Gabe, die man als Gasinde des Herzogs oder im Dienste von Privatpersonen erhalten hat, nach dem Tode [1190] oder doch wenigstens nach dem kinderlosen Tode des Beschenkten an den Geber zurück[2]. Bedeutsamer, weil präziser, sind die Rechtssätze der westgotischen Quellen über die buccellarii, Personen, welche sich gegen Gewährung des Lebensunterhaltes einem Herrn kommendiert haben und ihm dienen. Waffen und sonstige Geschenke, die der buccellarius von seinem Herrn empfing, behält er nur so lange, als er im Dienste ausharrt. Kommendiert er sich einem andern Patron, so muss er sie dem Herrn, den er verlässt, zurückgeben. Stirbt er in obsequio, so fallen sie an seine Söhne nur dann, wenn diese in den Dienst des Gebers eintreten. Andernfalls sind sie ihm zurückzuerstatten und ausserdem noch die Hälfte des Vermögens, das der buccellarius sonst noch während des Dienstverhältnisses erworben hat[3]. Diesen Vorschriften, welche sich schon in den Leges antiquae finden, fügt die Lex Wisigothorum ausdrücklich hinzu, dass derjenige, der seinen Patron verlässt, das Land verliert, das dieser ihm gegeben, und ausserdem die Hälfte der Errungenschaft, die er während der Dienstzeit erworben hat[4].

---

[1] K. Maurer, Krit. Ueberschau II 393, Fällt der Mann auf der Heerfahrt des Herrn, so ist kein Heergeräte fällig. Knut II, 78.

[2] Rothari 225: Et si alequid in gasindio ducis aut privatorum hominum obsequium donum munus conquisivit, res ad donatore revertantur. Die Stelle handelt allerdings von dem libertus, der fulcfree geworden ist. Sein Vermögen erwirbt, wenn er kinderlos verstirbt, der Freilasser; nur über Handgewerk und Heergewerk (Erwerb durch Handarbeit und Kriegsdienst) kann er frei verfügen. Was aber in gasindio ducis oder in obsequio verdient worden ist, kommt nicht an den Freilasser, sondern an den Geber. Letztere Bestimmung ist unabhängig von der Stellung des Freigelassenen zu seinem Herrn und vielleicht auch von der Voraussetzung der Kinderlosigkeit und darf als allgemeiner Rechtsgrundsatz über Schenkungen an gasindii und homines in obsequio aufgefasst werden. So erklärt die Stelle auch Viollet, Précis de l'histoire du droit français S. 534, Anm. 1.

[3] Leges antiquae 310. Lex Wisig. V, 3, 1. Dahn, Westgotische Studien S. 78.

[4] L. Wisig. V, 3, 3: si quis cum aliquo patrocinii causa consistat et aliquid, dum cum eo habitat, adquisierit; si ei inveniatur infidelis vel eum derelinquere voluerit, medietas adquisitae rei patrono tradatur. Aliam vero medietatem qui adquisivit obtineat et quidquid ei ipse donavit, recipiat. L. c. V, 3, 4: quicunque patronum suum reliquerit et ad alium tendens forte se

Qualifizierte Schenkungen sind auch die Vergabungen, welche unter dem Vorbehalte treuer Dienste oder besonderer Treue erfolgen. Juristisch betrachtet sind solche Vergabungen Schenkungen mit der Resolutivbedingung, dass das übertragene Recht erloschen sein soll, wenn der Beschenkte die Treue nicht bewährt oder die Dienste nicht leistet. In angelsächsischen Königsurkunden wird jener Vorbehalt mitunter als ausdrückliche Bedingung gesetzt. So schenkt König Coenwulf[1] Grundstücke an S. eo videlicet iure,
[1191] si ipse nobis et optimatibus nostris fidelis manserit minister et inconvulsus amicus. Aus solcher bedingten Schenkung ist auch der angelsächsische Rechtssatz zu erklären, dass der landhabende Gesithcundman, der die Heerfahrt versitzt, nicht nur eine Busse von 120 Schillingen zahlt, sondern ausserdem sein Land verliert, während sonst in solchem Falle nur eine Heerfahrtswette von 30 oder 60 Schillingen verwirkt ist[2]. In Bayern setzt das schon S. 19 erwähnte Dingolfinger Dekret den Inhabern herzoglicher Landschenkungen die Bedingung, quamdiu stabiles foedere servassent apud principem ad serviendum sibi. Die Verwirkung solcher Schenkungen hebt sich gerade im bayrischen Rechte sehr deutlich ab von der durch das Volksrecht sanktionierten Konfiskation des Grundeigentums. Die Lex Baiuvariorum bestimmt (I, 1), dass kein freier Bayer sein Allod verwirken könne, ausser wenn er wegen Mordanschlags gegen den Herzog oder wegen Landesverrats überführt worden ist. Das Dingolfinger Dekret fügt noch einen weiteren Fall, die Tötung eines homo principis sibi dilectus hinzu. Wo das Konfiskationsrecht in diesem Masse beschränkt ist, muss natürlich der Vorbehalt: quamdiu stabiles foedere servassent, mehr bedeuten als die negative Voraussetzung, eines der drei genannten crimina capitalia nicht zu begehen. Ebenso darf der Vorbehalt der Lex Burgundionum I, 4: superest, ut posteritas eorum ea devotione et fide deserviat, ut augere sibi et servare circa se parentum nostrorum munera recognoscat, nicht als die inhaltlose Ermahnung aufgefasst werden, sich vor jeder Infidelität zu hüten, welche nach Volksrecht mit der Einziehung jeglichen Vermögens bestraft werden kann.

---

contulerit, ille cui se commendaverit, det ei terram. Nam patronus, quem reliquerit, et terram et quae dedit obtineat.

[1] Kemble, Cod. dipl. 179.

[2] Ine 51.

[Gesetzlichem Rückfall ist unter gewissen Voraussetzungen nach westgotischem Rechte die Schenkung unterworfen, welche die Ehefrau neben der dos von ihrem Manne empfing. Hat sie keine Kinder, so mag sie, und zwar auch auf den Todesfall, frei über die Gabe verfügen. Stirbt sie aber ohne Verfügung von Todes wegen, so fällt die Gabe an den Ehemann zurück (ad maritum donatio revertatur); wenn er bereits verstorben ist, gelangt die Gabe an seine Erben, so dass also die Erben der Frau davon ausgeschlossen werden. Gleiches gilt von Schenkungen der Frau an den Mann[1].]

Ueberblickt man die Anhaltspunkte, welche die nichtfränkischen Quellen für den beschränkten oder bedingten Charakter der Schenkung darbieten, so müsste es von vornherein befremden, wenn uns jede Spur einer verwandten Auffassung bei den merowingischen Landschenkungen fehlen würde, auf deren nähere Betrachtung im Anschluss an Waitz nunmehr eingegangen werden soll.

Es besteht kein Zweifel, dass die merowingischen Könige und ebenso ihre Unterthanen fränkischen Rechtes in Anlehnung an die römische Sitte Landschenkungen vollzogen, welche dem Beschenkten ein unbeschränktes und unbedingtes Eigentum gewährten, wobei in Betracht kommt, dass die allgemeine Widerruflichkeit der Schenkung wegen gesetzlich bestimmter Aeusserungen groben Undanks dem vorjustinianischen Rechte fremd ist[2]. Da die Uebereignung gemäss römischem Vulgarrechte durch Uebergabe einer [1192]
Carta geschah, verdient es Beachtung, dass in dem Schenkungsformular, wie es die Formelsammlungen und die Urkunden darbieten, die unbeschränkte Verfügungsfreiheit durch die typische Klausel: quicquid exinde facere (agere) volueris, liberam in omnibus habeas potestatem, ausdrücklich hervorgehoben wurde[3].

---

[1] [Lex Wisigoth. Reccessuinth. V, 2, 4 (antiqua).]

[2] Puchta, Institut. II, § 206. Fragmenta Vaticana 275, a. 286: perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratus existet, cui dono res data est, minime rescindi posse, saepe rescriptum est.

[3] Sie findet sich auch bei Kauf- und Tauschurkunden. Die Formeln bieten Beispiele in Fülle. Altrömisch ist die Klausel nicht. Sie scheint als eine Erweiterung der Eviktionsklausel zunächst in die Kaufbriefe eingedrungen zu sein und sich ursprünglich nicht auf den Umfang der Rechtsübertragung, sondern auf die Gewährleistung bezogen zu haben. [Uebrigens schliesst die unbeschränkte Verfügungsfreiheit, wie sich aus Lex Wisigoth. V, 2, 4 ergibt, den Rückfall an den Geber nicht notwendig aus, wenn der Beschenkte über die Gabe weder inter vivos noch von Todes wegen verfügt hat.]

Nicht selten nehmen auch königliche Schenkungsurkunden und Bestätigungen des Besitzstandes jene Klausel auf. Doch ist es bezeichnend und wohl durch Einwirkung germanischer Rechtsanschauungen zu erklären, dass sie oft einen Zusatz erhält, der die Verfügungsfreiheit nicht als Konsequenz der Uebereignung, sondern als Folge einer besonderen, im voraus erteilten Erlaubnis des Königs erscheinen lässt. In der Formel Marculf I, 14, eine Landschenkung an einen Laien betreffend, erhält der Beschenkte die Befugnis, ut suis posteris ex nostra largitate aut cui voluerit ad possedendum relinquad vel quicquid exinde facire voluerit, ex nostro permisso liberam in omnibus habeat potestatem. Ebenso sagt die korrespondierende Formel für Schenkungen an Kirchen, Marculf I, 15: quicquid exinde ad profectum ecclesiae . . . facire voluerint, ex permisso nostro liberam in omnibus habeant potestatem. In ähnlichen Wendungen sichern die Konfirmationsformeln Marculf I, 16. 17 dem Besitzer die volle Dispositionsfreiheit ex permisso regis zu. Merowingische Diplome[1] bieten die Klausel dar: quidquid elegerint faciendi, liberam . . . per nostram auctoritatem habeant potestatem. In einer Tauschformel Marculf I, 30 gibt der König das Tauschobjekt mit der Bestimmung, dass der Besitzer auf Grund der königlichen Tauschurkunde (ex nostra commutatione) volle Veräusserungsfreiheit haben solle.

Bei Schenkungen an Kirchen wird — unabhängig von den Bestimmungen des kirchlichen Rechts über Veräusserungen von Kirchengut — die freie Veräusserungsbefugnis manchmal ausdrücklich versagt[2], manchmal ausdrücklich gewährt[3]. Im letzteren
[1193] Falle nimmt die königliche Schenkungsurkunde Wendungen auf wie: ut habeant, teneant atque possideant . . . vel quicquid exinde facere decreverint, liberam in omnibus habeant potestatem, oder

[1] Dipl. M. 3. 25. Vgl. Mühlbacher nr. 123, a. 770. In dem verstümmelten Placitum M. 35 wird ein Diplom Chlodwigs II. allegiert, worin einem Ermelinus und Goddo das Recht gewährt wird: ubicumque . . . eorum facultatem dare aut derelinquire vellibant, liberum ex permisso praedicto princepe habirent arbitrium.

[2] Dipl. M. 19. 95. Vgl. Marc. II, 1. Veräusserungsverbote kennen schon das Instrum. Theodovii a. 471, Spangenberg, Tabulae neg. 163 und die form. Wisigoth. 8. 9. In M. 19 ist die Veräusserung an königliche Erlaubnis gebunden.

[3] M. 25. 39. 47. 56. Vgl. Marc. II, 3. 4. 6.

habiat concessum adque indultum vel in sua dominatione hoc dibiat recipere ad possedendum et quicquid exinde facere voluerit, liberam in omnibus cum Dei et nostra gracia habeat potestatem. Daneben finden wir eine Anzahl von Urkunden, in welchen zwar ein ausdrückliches Veräusserungsverbot nicht enthalten ist, aber die Klausel: quicquid facere voluerit . . . habeat potestatem, durch die Wendung ersetzt wird, dass die Kirche das Gut für alle Zeiten besitzen, geniessen solle. Es heisst etwa: ut habeat, teneat atque possideat et ipse G. successoresque sui perhennis temporibus hoc valeant possidere vel dominari[1], oder ut habeant, possideant suisque posteris spiritualibus derelinquant[2] oder possideant et ad ipsum locum nostris et futuris temporibus . . . proficiat in augmentum[3]. Ich sehe in diesen Klauseln nichts andres als die Absicht des Schenkers, dass das Gut dauernd bei der Kirche verbleiben, von ihr nicht veräussert werden solle. Ihr Sinn ist derselbe wie die Bestimmung in M. 87: specialius decernimus urdenandum, quod in perpetuum circa ipso sancto loco mansurum esse volemus[4].

Auch urkundliche Schenkungen und Konfirmationen des Königs, welche zu Gunsten von Laien erfolgten, schliessen mitunter die Veräusserungsbefugnis indirekt aus, indem die Absicht kundgegeben wird, dass der Beschenkte das Gut auf seine Nachkommen vererbe. In der Formel Marculf I, 31 bestätigt der König einem Laien den durch königliche Schenkungen erworbenen und den sonstigen Besitzstand, ut hoc valeat possidere et suis posteris

[1] M. 45.

[2] M. 21, vgl. M. 44.

[3] M. 85. M. 71: concessum adque indultum ita ut ad ipso sancto loco perenniter proficiat in augmentum. M. 75: concessum atque indultum ac praesentibus et futuris temporebus proficiat in augm. M. 27: habeant, teneant, possideant et idem R. eiusque ... successores omnibus temporibus ultra dominentur. M. 63: valeant habere, tenere, possidere et ibidem ad ipsum locum perenniter prof. ad augmentum.

[4] Vgl. M. 46: cum omni usu fructuario ex nostrae largitatis munere perpetualiter recipiat possidendas. Ob die Veräusserungsbefugnis im Zweifel überall ausgeschlossen ist, wo das quicquid facere voluerit oder eine verwandte Klausel fehlt und auch der Inhalt der Urkunde die Uebertragung des vollen eigenen Rechtes nicht zum Ausdruck bringt, müsste aus dem in den einzelnen Gegenden üblichen Urkundentypus im Wege localer Forschung festgestellt werden. Vgl. über die Veräusserungsbefugnis in den Weissenburger Traditionen Wolff, Erwerb und Verwaltung des Klostervermögens in den Traditiones Wizenburgenses 1883, S. 16, der sie im Zweifel als gegeben voraussetzt.

. . . deraelinquere. Im Jahre 770 produziert ein Pfalzgraf Hrodoin Königsurkunden über Besitzungen, welche ad genealogia sua vel subsequente ipsius progenie verliehen worden waren [1].

[1194] Bei königlichen Landverleihungen, die nicht an Kirchen erfolgten, scheint die Uebertragung eines beschränkten Rechtes die Regel gewesen zu sein [2]. Denn vereinzelte Nachrichten, gewisse Wendungen in Formeln und Urkunden finden nur unter dieser Voraussetzung eine entsprechende Erklärung [3].

Die Quellen erwähnen einzelne Fälle, in welchen vergabtes Krongut nach dem Tode des Beschenkten vom Fiskus eingezogen wird, ohne dass ein andrer Rechtsgrund als der Heimfall an den König einzusehen wäre [4]. In Formeln und Urkunden verfügt der König über Güter, von welchen es heisst, dass sie vorher dieser oder jener besessen habe, ille tenuit, sicut ab illo aut a fisco nostro fuit possessa, quodcunque ille aut fiscus noster . . . tenuisse noscitur. Ein Erwerbsgeschäft, durch das der Fiskus in die Rechte des Vorbesitzers succedierte, wird nicht genannt. Hätte ein solches vorgelegen, so durfte es mit Rücksicht auf die etwa erforderliche Gewährschaft des Vormannes füglich nicht ignoriert werden. Es

---

[1] Beyer, Mittelrhein. UB. I 26. Mühlbacher nr. 123.

[2] Es darf vorausgesetzt werden, dass dabei die der Uebertragung des vollen eigenen Rechtes eigentümliche Form des se in omnibus exitum dicere jedenfalls fehlte. Vgl. Sohm, Zur Gesch. der Auflassung S. 36 Anm. 50. Bei den Burgundern erfolgt die Landverleihung (Lex Burg. 107, 13) durch Anweisung an den iudex, in dessen Gebiet das Land liegt: consiliarii aut maiores domus . . . suas literas ex nostra ordinatione ad illius iudicis faciant, cuius territorio res illa tenetur; et hoc eis concedant. [Const. extr. 21, 14.]

[3] Das Quellenmaterial hat bereits Waitz a. O. in fast erschöpfender Weise zusammengestellt. Ich habe nur weniges hinzuzufügen, hebe aber auch die schon von Waitz betonten Beweismomente hervor, sofern sie in diesem Zusammenhang eine andre oder eine etwas schärfere Beleuchtung erhalten.

[4] Greg. Tur. Hist. VIII, 22: (W.) obiit; quaecumque de fisco meruit, fisci iuribus sunt relata. Dipl. M. 67: postia de fisco inlustri viro Pannichio fuit concessum et post discessum predicto Pannichio ad parti fisci nostri fuit revocatum. Dipl. M. 57: villa Latiniaco, qui fuit inlustribus viris Aebroino, Warattune et Ghislemaro quondam maioresdomos nostros et post discessum ipsius Warattune in fisco nostro fuerat revocata. In den Fällen des Dux Bodigiselus, VIII, 22, und des Majordomus Waddo IX, 35 handelt es sich um qualifizierte Schenkungen, die, dem Beamten als solchem zugewendet, von Rechts wegen nicht vererblich waren, aber durch königliche Gnade den Söhnen belassen werden.

müssen daher Verhältnisse obgewaltet haben, in welchen eine Gewährschaftspflicht des Vormannes nicht bestand, dieser vielmehr nur deshalb genannt zu werden brauchte, um das vom König vergabte Besitztum näher zu bezeichnen. Eine derartige Sachlage, sowie der Umstand, dass ein Verfügungsrecht des Königs als selbstverständlich vorausgesetzt wird, erklären sich am einfachsten aus dem Heimfallsrechte [1].

Bei Gregor von Tours und in andern Quellen wird über [1195] Konfiskationen vergabten Kronguts berichtet, welche nicht auf Grund einer Acht oder im Gefolge der Todesstrafe oder als Vollstreckung eines die Konfiskation aussprechenden Urteils, sondern als einfacher Verwaltungsakt des Königs erfolgen, während das sonstige Vermögen des Betroffenen intakt bleibt. Die Ansicht, dass zwar wegen Infidelität das ganze Vermögen verwirkt war, aber der König aus Gnade nur das vergabte Krongut eingezogen habe, ist an der Hand der Quellen als unhaltbar nachgewiesen worden [2]. Es erübrigt vielmehr nur die Erklärung, dass die Konfiskation erfolgt sei, weil das Verhalten des Beschenkten den Bedingungen der königlichen Landschenkung nicht entsprach.

Mitunter wird die Konfirmation des Königs für Veräusserungen nachgesucht mit der Motivierung, dass das zu veräussernde Gut durch königliche Schenkung erworben worden sei [3]. Anderwärts wird auf den vor der Veräusserung des geschenkten Kronguts erteilten Veräusserungskonsens Gewicht gelegt. So berichtet Gregor von Tours in seinen knapp gefassten Angaben über die Bischöfe von Tours, dass ein Bischof Dinifius den grössten Teil seines Vermögens seiner Kirche zugewendet habe, cui aliquid de fisci ditionibus est largita (regina), deditque ei potestatem faciendi de his rebus, quae voluisset [4], eine Bemerkung, die zumal in diesem

---

[1] Marculf I, 14. 15. 30. Waitz, VG. II, 1, S. 316 Anm. Marculf I, 17, villa quam antea ad fisco suo aspexerat et illi tenuerat ... verstehe ich so, dass ein Fiskalgut durch Schenkung zu beschränktem Eigentum an den ille gelangt, nach dessen Tod heimgefallen und dann zu veräusserlichem Eigentum an den illustris vir geschenkt worden war, dessen Güter in I, 17 bestätigt werden.

[2] v. Daniels, D. R. u. StRG. I 503. Waitz, VG. II, 1, S. 317. [Konrad Maurer, Die Entstehung des isländischen Staates 1852, S. 81 Anm. 2.]

[3] Siehe die Stellen bei Waitz a. O. S. 318 Anm. 2. [Vgl. noch Greg. Tur. Hist. IX, 42, S. 402.]

[4] Hist. X, 31.

Zusammenhange höchst überflüssig war, wenn die Verfügungsfreiheit des Beschenkten etwas Selbstverständliches gewesen wäre. In einer Urkunde Theuderichs III. (M. 48) ist von einem Bischof die Rede, der sich als infidelis erwiesen hatte und deshalb abgesetzt und verbannt worden war. Auch sein Gut hat er verwirkt, aus Gnade (pro mercedis causa) wird es ihm aber belassen und ihm zugleich gestattet, sein Leben im Kloster von S. Denis zu beschliessen. Aus diesem Anlass erhält er ein königliches Praeceptum, worin die Fronung seines Gutes untersagt und ausgesprochen wird, ut liceat ei per nostro permisso res suas ubi et ubi voluerit donare aut delegare vel quicquid exinde facere voluerit liberam et firmissimam habiat potestatem. Für das juristische Verständnis ist dieser Vorgang so zurechtzulegen, dass der Bischof sein Gut durch Infidelität verwirkt hat, die königliche Gnade, welche auf die Fronung verzichtet, als königliche Schenkung des verwirkten Gutes aufgefasst und deshalb ein besonderes Praeceptum des Königs nötig wurde, das dem Begnadigten die Veräusserung seines wiedergewonnenen Vermögens rechtlich möglich machte.

[1196] Dass das aus königlicher Schenkung herrührende Gut von dem sonstigen Vermögen des Besitzers unterschieden, dass es noch in den Händen der Beschenkten gelegentlich als fiscus bezeichnet wird, sind Beweismomente, die zwar an sich nicht durchschlagen, aber doch die Auffassung der Landschenkung als einer nicht unbeschränkten Entäusserung unterstützen.

Nach alledem wird man einen durchaus gleichartigen Charakter der merowingischen Krongutschenkungen nicht behaupten können. Sicher bezeugt sind Landschenkungen, welche nach Art der normalen römischen Eigentumsschenkung ein unbeschränkt vererbliches und veräusserliches Eigentum gewähren, aber dabei die volle Verfügungsfreiheit des Beschenkten ausdrücklich statuieren. Ferner Schenkungen an Kirchen, welche nach der Ansicht des Schenkers für immerdar bei der Kirche verbleiben sollen. Schenkungen an Laien, welche nur auf die Nachkommenschaft des Beschenkten vererben[1]. Endlich Schenkungen an Laien, welche nicht vererblich

[1] Marc. I, 31. Mühlbacher nr. 123. Gregor. Tur. Hist. VI, 22: Nunnichius comes .. interiit, resque eius, quia absque liberis erat, diversis a rege concessae sunt. Das Verfügungsrecht des Königs erklärt sich am einfachsten daraus, dass das Vermögen des Nunnichius aus königlicher Schenkung herrührte und nach dem kinderlosen Tode des Beschenkten heimgefallen war.

waren, sondern nach dem Tode des Beschenkten oder nach Beendigung des Dienstverhältnisses, in dem er zum König stand, an den Fiskus von Rechts wegen heimfielen. Dass die Krongutschenkung im Zweifel, das heisst mangels besonderer Bestimmung nur ein unveräusserliches und höchstens ein beschränkt vererbliches Recht gewährte, ist im Hinblick auf die verwandten Grundsätze ausserfränkischer Rechte und im Hinblick auf die Klauseln, durch welche das sonst so knappe Formular der Schenkungsurkunden die volle Verfügungsfreiheit ausdrücklich gewährt, als durchaus wahrscheinlich zu betrachten. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass das salische Recht für die grosse Masse des Grundeigentums vor dem Edikte Chilperichs ein über die Descendenz des Besitzers hinausreichendes Erbrecht der Blutsverwandten überhaupt nicht gekannt hat und daher das Vorhandensein eines dispositiven Rechtssatzes, dass die Landschenkung ein viel weiteres als das normale Grunderbrecht gewähre, mit nichten vorausgesetzt werden kann. Ob die schlichte Landschenkung wie nach bayerischem Rechte auf die Descendenten schlechtweg oder wie nach burgundischem Rechte nur auf die männlichen Nachkommen vererbte, lässt sich aus den spärlichen Nachrichten zwar nicht mit Sicherheit feststellen, doch spricht die bekannte Bestimmung der Lex Salica 59, 5, welche die Weiber von der Nachfolge in den Grundbesitz ausschliesst [1], für die Vermutung, dass im Zweifel nur der Mannesstamm erbte [2]. Land- [1197]
schenkungen, die aus Anlass eines Dienstverhältnisses an königliche Gefolgsgenossen oder an Beamte gemacht wurden, dürften im Zweifel für nicht erbliche Schenkungen gegolten haben, welche auf die Lebenszeit des Beschenkten beschränkt und in ihrem Fortbestande an die Bedingung geknüpft waren, dass der Beschenkte nicht gegen den Willen des Gebers aus dem Dienstverhältnisse austrat. Für die Streitfrage über den Ursprung des fränkischen Lehnwesens kommt es bei alledem weniger darauf an, welche von den dargestellten Wirkungen der Landschenkung unter den Merowingern die Regel bildete, als vielmehr darauf, dass überhaupt Schenkungen mit beschränktem Entäusserungseffekt vorkamen und somit die Ausbildung der karolingischen Benefizien an

---

[1] Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs, Z. f. RG. XII 441.

[2] Ebenso Schröder, Z. d. Sav.-St. II 79.

ein in merowingischer Zeit vorhandenes Rechtsinstitut anknüpfen konnte.

Das Recht des Beschenkten ist — von besonderer Vereinbarung abgesehen — nicht als blosses Leiherecht oder als ein Niessbrauch, sondern als Eigentum aufzufassen. Als Eigentümer hat der Besitzer die rechtliche Vertretung des Gutes und nimmt bei Veräusserungen — wenn auch mit königlicher Zustimmung — die Uebereignung vor. Dieser Auffassung steht nicht im Wege, dass Gregor von Tours in einer Stelle, welche mit Waitz auf die Einziehung geschenkten Kronguts bezogen werden muss, für die Schenkung den Ausdruck commendare gebraucht[1]. Denn das Wort commendare bezeichnet nicht selten die Uebertragung eines befristeten oder bedingten Eigentums. So in bayerischen Urkunden die Uebergabe des Gutes an einen Salmann[2], der bekanntlich Eigentümer des Grundstücks wird[3], das er weiter tradieren soll. Von einer Verpfändung mittelst bedingter Uebereignung kann lex Salica, Herold 72, Hessels, Extrav. A, col. 420 verstanden werden[4]. Noch viel später fasst commendare einerseits das eigentumbegründende Darlehen, andrerseits die Leihe in sich. Uebrigens entspricht es ganz und gar dem allgemeinen Entwickelungsgange des deutschen Rechtes und dem in jeder Rechtsgeschichte waltenden Gesetze der allmählichen Differenzierung der Rechtsinstitute, dass
[1198] das ältere Recht mit dem Eigentum auszulangen suchte bei Thatbeständen, für die das jüngere Recht eigenartige iura in re aliena schuf, wie sie das technische beneficium und das Satzungspfandrecht sind.

[Wenn der Beschenkte das geschenkte Gut ohne Konsens des Schenkers veräussert, obzwar ihm das Recht der Veräusse-

[1] In Hist. Fr. VII, 22 heisst es von Eberulf: quod vero comendatum habuit, publicatum est. Waitz, VG. II, 1, S. 315 Anm. 1.

[2] In M. I 75. 76, a. 722 übertragen (commendaverunt) A. und O. dem Abte Atto ein Gut auf Lebenszeit, damit er es auf den Todesfall dem Kloster Schlehdorf zuwende. Abt Atto ist lebenslänglicher Salmann. Oesterr. Notizenblatt 6, 47, nr. 113: W. proprietatem commendasse in manum Riholfi tradendum domui sancti Petri. Emmeramer Tradition in den Quellen und Erörterungen zur bayer. Gesch. I, 19, nr. 25: commendavit proprietatem suam in manus cognati sui . . quatenus eam S. Emmeramo traderet. Vgl. Vaissete II, nr. 57, a. 821: commendavit . . ipso J. ut dediret sua vinea.

[3] Bewer, Sala, Traditio, Vestitura S. 71.

[4] Si quis alteri avicam terram suam commendaverit et ei noluerit reddere . .

rung nicht oder nur unter Beschränkungen gewährt worden war, so konnte der Schenker das Gut sofort an sich ziehen. Diesen Rechtssatz illustriert eine bretonische Urkunde[1] aus den Jahren 865—870. Wordoital klagt gegen einen Priester Manweten, dem er vor langer Zeit ein Grundstück geschenkt hatte, indem er behauptet, er habe ihm das Gut nicht in der Weise geschenkt, ut posset transferre ad alium locum ubi voluerit, nisi ad ecclesiam Rufiac. Der Beklagte erklärt sich bereit, durch Urkunde[2] und Zeugen zu beweisen, dass ihm das Eigentum ohne Beschränkung eingeräumt worden sei (illi soli specialiter et iure proprietario hanc elemosinam dedisset Uuordoetal). Daraufhin bietet der Schenker dem Beschenkten einen Vergleich an (ne suam pristinam perderet amicitiam), auf den dieser eingeht. Wordoital erhält von Manweten vier Silbersolidi und erneuert dafür die Schenkung (iterum firmavit terram) mit der ausdrücklichen Einräumung unbeschränkter Veräusserungsfreiheit (ita ut faceret exinde quicquid illi placeret . . . sive tribuendo sive vendendo seu transferendo). Den Rechtssatz, dass die Landschenkung an sich nur ein beschränktes Eigentum gewähre, bezeugt uns für die Bretagne die bezeichnende Thatsache, dass für die Schenkung, welche die unbeschränkte Verfügungsfreiheit einräumte und jedes Recht des Schenkers ausschloss, der technische Ausdruck dare, donare in discombito, dicombito, in dicumbitione, in decumbitionem existierte[3].]

[Das Recht des Schenkers ist im Zweifel aktiv vererblich, so dass also nach seinem Tode der Heimfall eventuell seinen Erben

[1] [Cartulaire de Redon, ed. De Courson p. 110, nr. 144, Hübner nr. 385, eine Belegstelle, auf welche Hübner, Der Immobiliarprozess der fränkischen Zeit S. 179, aufmerksam macht.]

[2] [Die ältere Schenkungsurkunde steht im Cartulaire de Redon p. 109, nr. 143, 851—857 und enthält in der That die Klauseln: do . . in discombito und exinde quicquid volueris liberam et firmissimam habeas in omnibus potestatem iure proprietario ad faciendum. Der Schluss der Urkunde enthält die Bemerkung, dass Manweten für die Landschenkung zum Seelenheile des Uuordoital zweihundert Messen und Psalter gesungen habe.]

[3] [Siehe Du Cange-Henschel II 767. 842 s. v. decumbitio, dicombitum. Habeat in discombito findet sich in den Verpfändungsurkunden des Cartulaire de Redon, um zu bezeichnen, dass das Pfand endgültig — ohne jedes Einlösungsrecht des Schuldners — dem Gläubiger verfallen solle. Dem dare in discombito entspricht als Bezeichnung einer Zuwendung mit Ausschluss jedes Vorbehalts das dare, donare transactive italienischer Urkunden. Vgl. Zeitschr. f. Handelsrecht XXII 545.]

zusteht. Eine eigentümliche Beschränkung des Rückfalls findet sich aber in einer Wiener Handschrift des Paenitentiale Theodors von Canterbury, Codex Vindob. iur. can. nr. 116 saec. VIII. IX. Die Stelle, welche keine andre Handschrift des Theodorischen Beichtbuches enthält, lautet[1]: si quis de seculo ad servitutem Dei conversus speciem quamlibet regalem habeat a rege acceptum, ipsa in potestate regis est illius, sin vero a priore quovis rege defuncto, quam accipiebat, sit ut aliae res eius Deo secum tradere licitum. Der Laie, der in den geistlichen Stand übertritt, kann das Gut, das ihm der König geschenkt hat, nicht an die Kirche tradieren, die ihn aufnimmt, wenn der Schenker noch lebt. Vielmehr fällt in solchem Falle das Gut an den König zurück. Ist dagegen der Schenker nicht mehr am Leben, so hat der Nachfolger im Königtum das Recht des Rückfalls nicht, sondern der Beschenkte mag sich samt dem geschenkten Gute der Kirche tradieren. Die Stelle, die auch im übrigen angelsächsischen Ursprung verrät, rechnet mit dem angelsächsischen Wahlkönigtum.]

Neben den eigentlichen Benefizien finden sich seit der Mitte des neunten Jahrhunderts in den ostfränkischen Reichsteilen Verleihungen lebenslänglicher Proprietät[2], welche bereits Waitz mit den Landschenkungen der merowingischen Könige in Zusammenhang bringt. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Landschenkung zu beschränktem Eigentum in Austrasien noch nach der Ausbildung des Begriffs der Benefizien eine Zeit lang in Uebung blieb und, soweit sie auf Lebenszeit erfolgte, unter den Söhnen Ludwigs des Frommen ihre urkundliche Form erhalten hat. Jedenfalls bleibt es auffallend, dass sich die Landverleihungen zu lebenslänglichem Eigentum im neunten und zehnten Jahrhundert besonders zahlreich in Bayern finden, wo wir die Landschenkung älteren Stils bis zum Ende der Regierung Tassilos III. verfolgen können. Wie dem auch sei, für die Beurteilung der merowingischen Landschenkungen sind die Verleihungen zu lebenslänglicher Proprietät auf alle Fälle lehrreich, insofern sie uns den Beweis liefern, dass noch im neunten und im zehnten Jahrhundert ein durch Landschenkung übertragenes Recht trotz Unvererblichkeit und Unveräusserlichkeit als Eigentum

---

[1] Wasserschleben, Bussordnungen S. 218.

[2] Waitz IV 205; VI 88 ff. Roth, Benefizialwesen S. 419; Feudalität S. 49. 176. 199.

aufgefasst wurde. Derlei Schenkungen sind seit dem fünften Jahrzehnt des neunten Jahrhunderts von seiten der Könige und von seiten der Kirchen[1] nachzuweisen. Nach dem Wortlaut der Schenkungsurkunde erhält der Beschenkte das Gut zu Eigentum. Vitae diebus suae in proprium habeat[2]. In proprietatem, in ius et proprietatem, in proprium concessimus ..[3] Res iuris nostri .. proprietario iure possidendas donamus .. proprietatis iure habeat, teneat atque possideat[4]. Der Schenker überträgt sein eigenes Recht am Gute auf den Beschenkten für dessen Lebenszeit. De iure nostro in ius ac dominationem ipsius cunctis vitae suae diebus transfundimus[5]. Der Uebertragungsakt wird in königlichen Schenkungsurkunden als concedere in proprietatem, in kirchlichen als tradere in proprietatem[6] bezeichnet. Aus einer bayerischen Urkunde von 843 ist zu ersehen, dass das Gut in die Hände der lebenslänglichen Eigentümer tradiert wurde und dass sie die Vestitur empfingen[7]. [1199]

---

[1] Roth, Feudalität S. 183. 199. Waitz, VG. VI 88 ff.

[2] Wartmann nr. 615.

[3] Mon. Boica 28, 1, 69. 76. 91. Wirtemberg. UB. I 187, nr. 162. Cod. Lauresham. I, nr. 47.

[4] Cod. Lauresham. I, nr. 55.

[5] Beyer, Mrh. Ub. nr. 77 (Mühlbacher nr. 1090). MBoica 28, 1, p. 63.

[6] Ried, Cod. dipl. Rat. nr. 62. 63.

[7] Meich. nr. 629. Baldrich tradiert sein in Bayern gelegenes Grundeigentum an das Bistum Freising in der Weise, dass Bischof Erchanbert und sein Neffe Reginbert eandem proprietatem usque ad exitum vitae ipsorum ad proprium haberent. Genau nach Cap. legibus add. 818/9 c. 6, I 282 findet die Tradition zu Dugny bei Verdun am 10. August 843 statt, indem Baldrich seine Güter in capsas sanctae Mariae ac in manus Erchanberti episcopi et nepotis sui Reginberti atque advocati illorum Eparharii tradiert. Von den Werbürgen (fideiussores) empfangen dann am 22. August Erchanbert, Eparhar und Reginbert in Bayern die Vestitur. Die Bemerkung Beselers D. Pr. R.[3] I 360 Anm. 5, meine Erörterung des citierten Kapitulars in Rechtsgesch. d. Urk. 277 wäre nur zutreffend, wenn schon in karolingischer Zeit die Auflassung notwendig eine gerichtliche gewesen wäre, scheint vorauszusetzen, dass ich a. O. unter Grafschaft das Grafengericht verstehe. Ich habe unter Grafschaft (comitatus des Kapitulars) den Grafschaftsbezirk, nicht ein Grafschaftsgericht verstanden, wie denn meine Ausführung a. O. gerade die auf jenes Kapitular gestützte Ansicht Sohms entkräften will, dass die nicht reale Investitur bis in das neunte Jahrhundert nur als eine prozessualische, also nur vor Gericht zulässig gewesen sei. [Fantuzzi, Monum. Ravennati I 85: concedisti mihi omnibus diebus vite mee clausuram vinearum ... et dedisti mihi tuo misso, qui me investiat.]

Nach dem Tode des Beschenkten soll das Gut an den Geber, an den Fiskus, beziehungsweise an die Kirche zurückfallen. Post suum vero obitum ad regiam revertatur potestatem[1]. Post obitum suum res in omnibus salvae ad s. Emmeramum revertantur[2]. Die Unterscheidung der lebenslänglichen proprietas vom Benefizium wird durch die Thatsache markiert, dass gelegentlich Benefizien in lebenslängliche Proprietät umgewandelt werden[3]. Das zu lebenslänglichem Eigentum übertragene Gut ist in den Händen des Besitzers unveräusserlich. Doch gewährt ihm mitunter der König das Recht, es inter vivos oder auf den Todesfall an eine Kirche zu tradieren. So schenkt Arnulf 889 seinem Erzkanzler Aspert eine Kapelle im Donaugau auf Lebenszeit mit dem Zusatz: liberamque teneat potestatem eam . . . aut ad Sancti Petri in Radaspona urbe monasterium . . . vel sancti Hemmerami martyris Christi tradendi[4]. Von Ludwig dem Deutschen erhält Liutbrand 875 das Klösterlein Faurndau; 888 gibt ihm Arnulf das Recht, ut ab hodierna die . . . ipse potestatem habeat . . . ea omnia ad monasterium sancti Galli . . . vel ad monasterium Augia, prout sibi placuerit, tradere possit[5]. Arnulf schenkt 888 dem Adalold zwei Kapellen, die er bis dahin als Benefizium besessen, in proprietatem mit der Befugnis, sie auf den Todesfall an eine beliebige Kirche zu schenken[6].

[1200] Nach Paul Roth[7] handelt es sich bei der lebenslänglichen proprietas um ein ganz andres Rechtsverhältnis als bei den Eigentumsübertragungen, nämlich um die Einräumung eines lebenslänglichen Ususfructus. Das ergebe sich u. a. daraus, dass der König über solche lebenslängliche proprietates in Beyer nr. 104 und in Schannat, Worms, Dipl. nr. 13 zu Gunsten Dritter verfügt.

---

[1] Wartmann nr. 590. 615.

[2] Ried, Cod. dipl. Rat. nr. 62. 63.

[3] MBoica 28, 1, p. 57, a. 874; p. 69, a. 883. Wartmann nr. 615, a. 881. Kleinmayrn, Juvavia p. 105, nr. 47, a. 888.

[4] MBoica 28, 1, 90 = Ried nr. 70.

[5] Wartmann nr. 590. 664. Wirt. UB. I 175. 186.

[6] Juvavia a. O. 105, nr. 47: ea videlicet racione, ut ab hodierna die . . . licenciam ex autoritate donacionis nostre habeat facere quicquid sibimet placuerit omnibus diebus vite sue (die Uebereignungsbefugnis ist hierin nicht inbegriffen) et post illius obitum praedictas res tradere . . . ad quamcumque ecclesiam sibi placuerit ex nostra auctoritate licenciam habeat.

[7] Feudalität S. 49.

Beyer nr. 104 muss im Zusammenhang mit Beyer nr. 94 (a. 859) verstanden werden. Daselbst schenkt Lothar II. die Kapelle der heiligen Justina dem Otbert in der Weise, dass sie nach seinem Tode seiner Frau vel uni ex suis heredibus, quem ipse ad hoc elegerit, zustehen soll. In Beyer nr. 104 wird diese Kapelle nebst andern Besitzungen, darunter solchen, die Otbert zu beneficium innehatte, von Ludwig II. dem Kloster Prüm zugewendet. Allein dies geschieht auf Veranlassung jenes Otbert und seiner Frau. Ihnen wird das königliche Diplom ausgestellt[1]. Als Fürbitter erscheinen allerdings Ludwigs Frau und Sohn. Allein zum Schluss heisst es ausdrücklich: quod nos ... Hemma ... et Karlomannus deprecati fuerunt de prefatis rebus quas concessimus ad monasterium, hoc pro peticione Otberti fecerunt. Die Frau des Otbert soll die gesamten Besitzungen für ihre Lebenszeit innehaben, unter dem Schutze der Kirche stehen und einen jährlichen Zins bezahlen. Das Diplom Ludwigs setzt endlich eine durch Otbert vollzogene Tradition seiner Güter an die Kirche als vorhergegangen voraus[2] und stellt sich sonach sachlich nur als feierliche Confirmation einer offenbar mit Zustimmung des Königs erfolgten Veräusserung dar. In Schannat schenkt Arnulf allerdings dem heiligen Cyriacus gewisse Güter, welche drei genannte Personen per praeceptum nostrum diebus vitae suae videntur habere in proprium. Allein die Schenkung geschieht ausdrücklich unter Vorbehalt ihrer lebenslänglichen Rechte, wie sie ihnen in praeceptis eorum gewährleistet worden[3], und mit dem Zusatz, dass nach ihrem Tode ihre Söhne das Land gegen einen Jahreszins besitzen sollen.

Auch das Argument Roths, dass der König lebenslängliche [1201]
proprietates (Wirtemb. UB. nr. 161. 162) in Eigentum verwandle, ist dahin zu korrigieren, dass der König ein beschränktes Eigen-

---

[1] iussimus prefato Otberto et uxori suae Hildigarde fieri hoc nostrae auctoritatis praeceptum.

[2] iubemus, ut prefate res ... simul cum aliis rebus, quas illi ibi tradiderunt ... ad praefatum monasterium ... permaneant ... Et nullus umquam ... ullam molestiam vel inquietudinem de illis rebus, quas Otbertus tradidit ad praefata loca, facere praesumat.

[3] ea tamen ratione ut praescripti fideles nostri (servitores regis) .. suas res tempore vitae suae, sicut in praeceptis eorum continetur, habeant; post obitum illorum filii sui ipsas res cum censu annuali deserviendas obtineant. Schannat, Hist. episcopatus Wormatiensis, Cod. prob. nr. 13.

tum in unbeschränktes verwandelt, indem er sein Heimfallsrecht aufgibt und die Veräusserungsfreiheit gewährt. In dem Diplom W. UB. 162, I 187 gibt Arnulf dem Ortolf das unbeschränkte Eigentum an einem Grundstücke, das ihm Karl III. auf Lebenszeit gewährt hatte, indem er erklärt: concessimus ei sine ulla interdictione in proprietatem, quicquid antea a Karolo imperatore sibi usque in finem vitae suae habendum adquisierat[1]. In der Urkunde Wartmann nr. 664 = Wirt. UB. nr. 161 erhält der Besitzer nur ein beschränktes Veräusserungsrecht an dem Gute, welches ihm ex integro in proprium geschenkt wird, nämlich die Befugnis, es an S. Gallen oder an Reichenau zu tradieren.

Selbst die gelegentlich vorkommende Wendung, dass das Gut sub usu fructuario in proprietatem gegeben werde[2], dass der Beschenkte es sub usu fructuario besitzen solle, zwingt nicht zur Annahme eines lebenslänglichen Niessbrauchs. Sie will nur den praktisch wichtigsten Inhalt der lebenslänglichen proprietas hervorheben, nicht aber den Eigentumsbegriff ausschliessen, ist also gleichbedeutend mit der Formel more proprietatis quieto ordine fruendum[3].

Mit einem blossen Niessbrauchsrechte darf nach alledem die lebenslängliche proprietas ebensowenig verwechselt werden, wie die donatio post obitum, bei der das lebenslängliche Eigentum dem Geber verbleibt, mit der Uebereignung unter Vorbehalt des lebenslänglichen Niessbrauchs[4].

Man hat es versucht, die Eigentümlichkeiten der merowingischen Krongutschenkungen aus einem Obereigentum des Königs an sämtlichem Grund und Boden[5] oder aus spätrömischen Verhält-

---

[1] Wenn es eingangs heisst: Aspertus cancellarius noster addiit nostram clementiam deprecans cuidam cappellano nomine Ortolfo quandam particulam nostrae hereditatis ei a nobis praestari, so erklärt sich diese Ausdrucksweise aus dem Heimfallsrechte des Königs, und wird man nicht mit Roth a. O. sagen können, dass der König die lebenslängliche proprietas des Ortolf ausdrücklich sein (des Königs) Eigentum nennt. Uebrigens wird in karolingischer Zeit auch Kirchengut, welches aus königlicher Schenkung stammt, mitunter fiscus genannt. Waitz, VG. IV 160.

[2] Mon. Boica 28, 1, 69. Lacomblet I 85. Beyer nr. 94.

[3] Cod. Lauresham. I, nr. 55, a. 900.

[4] Löning, Kirchenrecht II 658. Wolff, Erwerb und Verwaltung des Klostervermögens in den Traditiones Wizenburgenses 1883, S. 17. [Hübner, Donationes post obitum und Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs, 1888].

[5] Schröder, Z. d. Sav.-St. f. RG. II 78 f.

nissen zu erklären. Allein die Theorie vom Obereigentum vermag es am wenigsten zu enträtseln, weshalb die königliche Landschenkung von anderem Gute des Empfängers unterschieden wird, weshalb sie in einem Falle ein unbeschränktes, im andern nur ein beschränktes Eigentum gewährt. Auch die Anknüpfung an die [1202]
Landschenkungen des römischen princeps versagt, da die unbeschränkte Vererblichkeit und Veräusserlichkeit der kaiserlichen Benefizien in Konstitutionen des fünften Jahrhunderts ausdrücklich anerkannt und vorausgesetzt wird[1]. Dagegen erledigen sich die vorhandenen Schwierigkeiten in ungezwungener Weise durch die Annahme, dass die Landschenkung nur als beschränkte Entäusserung wirksam war, wenn nicht etwas andres ausdrücklich bestimmt wurde.

Die Ausbildung des eigentlichen Benefizialwesens steht in geschichtlichem Zusammenhange mit den Vergabungen, welche die Arnulfinger im Drange politischer Notwendigkeit aus den Kirchengütern vornahmen. Sie gaben den Anstoss, dass dem beschränkten Eigentum, wie es merowingische Landschenkungen gewährten, nach dem Vorbilde der kirchlichen Prekarien ein ius in re aliena substituiert wurde. Damit wurde in die Landgabe ein Gedanke hineingetragen, der ihr ursprünglich fremd war und den die spätere lehnrechtliche Jurisprudenz sich bekanntlich erst dadurch zurechtzulegen wusste, dass sie für das Recht des Lehnsmannes den Begriff des Untereigentums schuf.

II.

Der Reiterdienst und die Anfänge des Lehnwesens.

[Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1887, germ. Abt. VIII 1 ff.]

1.

Ueber die Schlacht an der Dyle, in welcher König Arnulf 891 [1]
nicht weit von Löwen die Normannen besiegte, überliefern uns die Annalen von Fulda[2] und die Chronik Reginos[3] anschauliche und

---

[1] Cod. Theod. XI 20, 4. 5.

[2] Mon. Germ. SS. I 407 f. [Annales Fuldenses recogn. Kurze 1891, S. 119.]

[3] Mon. Germ. SS. I 603. [Reginonis Chronicon recogn. Kurze, S. 137 f.]

in der Hauptsache übereinstimmende Angaben. Da sie ausnahmsweise auf die Gefechtsart der Franken eingehen, sind sie für die Geschichte des deutschen Kriegswesens bedeutsamer als die meisten übrigen Schlachtberichte der fränkischen Geschichtschreibung, welche, aus geistlichen Federn fliessend, für taktische Fragen weder Sinn noch Verständnis besass.

Nachdem die Normannen am 26. Juni 891 ein ostfränkisches Heer an der Geule vernichtet hatten, bot König Arnulf die Franken und Alamannen gegen sie auf. Da er den schwäbischen Heerbann unterwegs entlassen musste, verfügte er schliesslich nur noch über das fränkische Aufgebot[1]. Die Normannen hatten sich an der Dyle verschanzt in einer Stellung, welche dem Angriffe grosse
[8] Schwierigkeiten bot. Auf der einen Seite war sie durch einen Sumpf, auf der andern durch den Fluss gedeckt. Sorgenvoll und bedachtsam erwog Arnulf, was zu thun sei. Ein wirksamer Reiterangriff schien unmöglich, ein Angriff zu Fuss bedenklich, weil, wie die Fulder Annalen sagen, die Franken nicht gewohnt waren, zu Fuss zu kämpfen[2]. Dennoch befahl Arnulf mit kühnem Entschluss seinen Franken abzusitzen, um die feindliche Stellung zu stürmen[3]. Nach den Fulder Annalen hielt Arnulf es für nötig, sein Heer in einer zündenden Ansprache zum Fusskampf aufzufordern und zu erklären, dass er zuerst vom Pferde steigen und das Banner vorantragen wolle. Die Franken hätten begeistert zugestimmt, aber gebeten, dass ihnen der König mit Reiterei den Rücken decke[4].

---

[1] Ann. Fuld. a. O. Sed Alamanni quasi egrotantes a rege domum relapsi sunt; ipse cum Francis ad occidentem prospere profectus est, eine Stelle, welche Dümmler, Geschichte des ostfränkischen Reiches II 343 [III[2] 349] dahin auslegt, dass die Alamannen unter dem Vorwande einer Krankheit eigenmächtig umgekehrt seien.

[2] Ann. Fuld. a. O. Cunctanti namque regi, ne tam valida manus periclitaretur, quia interiacente palude ex parte una et ex altera circumfluente ripa non donatur facultas equitibus aggredi, oculis, cogitatione, consilio huc illuc pervagabatur, quid consilii opus sit, quia Francis pedetemptim certare inusitatum est, anxie meditans. . . .

[3] Regino a. O. Rex felle commotus exercitum iubet descendere et pedestri congressione cum adversariis decertari. Qui dicto citius ab equis desilientes clamore exhortationis dato, praesidium inimicorum irrumpunt. . . .

[4] Ann. Fuld. a. O. His incitati dictis, omnibus senibus et iuvenibus par voluntas et audatia pedestre bellum aggredere datur, prius regem flagitantes, ut equitando eos procuraret, ne quid eis pugnantibus a tergo insidiis

Zweifellos geht aus diesen Nachrichten hervor, dass die Franken im Jahre 891 des Fusskampfes entwöhnt waren und dass der im Fusskampf erfochtene Sieg den Zeitgenossen für ein aussergewöhnliches Ereignis galt. [Damit stimmt überein, was über die Einnahme Roms im Jahre 896 berichtet wird[1], dass nämlich Arnulfs stürmende Truppen u. a. die Reitersättel übereinander häuften, um auf ihnen die Stadtmauer zu ersteigen.]

Nicht von jeher zogen die Franken beritten ins Feld. Nach den Zeugnissen des Prokop und des Agathias pflegten sie im sechsten Jahrhundert zu Fuss zu kämpfen. Das fränkische Heer, welches Theudebert 539 nach Italien führte, bestand, wie Prokop berichtet[2], fast ausschliesslich aus Fussvolk. Nur die Gefolgsleute des Königs ritten und trugen Lanzen, während die Fusstruppen mit Schwert, Streitaxt und Schild ausgerüstet waren. Auch dem fränkisch-alamannischen Heere von etwa 70000 Mann, welches im [3]
Jahre 552 unter Bucelin und Leutharis den Ostgoten gegen Narses zu Hilfe kam, gebrach es an Reiterei. Nur sehr wenige, heisst es, seien beritten gewesen[3]. Die Schlacht am Volturno lieferte Bucelin mit Fussvolk, das die feindlichen Reihen in keilförmiger Ordnung durchbrach[4]. Mit den Nachrichten der Byzantiner stimmt eine Stelle des angelsächsischen Heldengedichtes Beowulf überein, jene Stelle, welche den Kampf Hygelacs mit den Hetwaren (Chattuariern) besingt[5]. Sie bezieht sich auf den bei Gregor von Tours erwähnten Feldzug, den Theudebert etwa 515 gegen den Dänenkönig Clochilaichus unternahm. Hygelac fiel vom Schwerte getroffen, er fiel, wie es anderwärts heisst, in der Schar der Fusskämpfer, feóll on fêđan, mit der Brünne bewehrt[6]. Beowulf aber erkämpft sich ruhmvollen Rückzug. Nicht durften die Hetwaren des Fusskampfes sich rühmen. Nealles Hetware hrêmge þorfton

---

inimicorum timendum sit. Ueber die Schlacht an der Dyle vgl. Dümmler a. O. II 348 ff. [III^{3} 349 ff].

[1] [Mühlbacher, Regesten nr. 1860e. Dümmler a. O. III^{3} 418.]

[2] De bello Gothico II, 25.

[3] Agathias II, 5.

[4] Peucker, Das deutsche Kriegswesen der Urzeiten II 320 ff. Hardy, Origines de la tactique française 1879, S. 210 ff.

[5] Beowulf hrsg. von Heyne v. 2355 ff.

[6] Beowulf v. 2919: þät se byrn-wiga bûgan sceolde, feóll on fêđan. Nach v. 1211 fällt in der Franken Gewalt die Brünne (breóst-gewædu) des Königs.

fêđewîges. Von denen, die ihm die Lindenschilde entgegentrugen, entgingen nicht viele dem Helden, um die Heimat zu schauen. Die Bemerkung, dass die Franken im Verhältnis zu Beowulf sich des Fusskampfes nicht rühmen durften, enthält eine Anspielung auf den Ruhm, den die Franken als Fusskämpfer genossen, sich wohl auch selbst beilegten. Aus dem fränkischen Quellenkreise, dessen Dürftigkeit auch unscheinbare Notizen in die Wagschale zu werfen gebietet, mag wenigstens die bekannte Erzählung Gregors von Tours über die Heerschau Chlodowechs herangezogen werden [1]. Bei der Musterung die er auf dem Märzfelde abhält, schilt Chlodowech einen ihm verhassten Krieger, dass sein Speer, sein Schwert, seine Streitaxt nichts taugten. Er entreisst ihm die Axt und wirft sie zu Boden. Während der Krieger sich etwas bückt, um sie aufzuheben, versetzt ihm Chlodowech mit seinem
[4] Streitbeil einen tödlichen Hieb auf den Kopf [2]. Der Mann, der sich etwas zu Boden neigte, um nach der Axt zu langen, kann nur ein Infanterist gewesen sein, wie denn die ganze Darstellung Gregors auf eine über Fusstruppen abgehaltene Heerschau schliessen lässt [3].

Gehen wir in die germanische Zeit [4] zurück, so bezeugt uns das Urteil des Tacitus, dass die Hauptkraft der germanischen Heere im Fussvolke beruhte. In universum aestimanti, sagt er von den Germanen überhaupt, plus penes peditem roboris [5]. An anderer Stelle heisst es von den Chatten: omne robur in pedite [6]. Und selbst bei den als Reitern gefeierten Batavern sind ihm die Fusstruppen im Gegensatz zur Reiterei schlechtweg die robora des Heeres [7]. Da die Heimat der Germanen hauptsächlich von Wäldern

---

[1] Hist. Franc. II, 27.

[2] At ille cum paulolum inclinatus fuisset ad colegendum, rex elevatis manibus securem suam capite eius defixit.

[3] Verum ubi cunctus circuire diliberat, venit ad urcei percussorum. . . . Quo mortuo reliquos abscedere iubet.

[4] Ueber das Pferd der deutschen Urzeit und altdeutsches Reitertum handelt in populärer Darstellung Jähns, Ross und Reiter in Leben und Sprache, Glauben und Geschichte der Deutschen 1872, II 13 ff.

[5] Germ. c. 6.

[6] Germ. c. 30.

[7] Hist. IV, 33. Bei dem vergeblichen Angriff auf Gelduba: fortissimus quisque e Batavis, quantum peditum erat, trucidantur; eques evasit. Caesorum eo die in partibus nostris maior numerus, set imbellior; e Germanis ipsa robora.

bedeckt war, konnten sie sich füglich nicht als ein Reitervolk entwickeln[1]. Untrüglicher Beweis für das Uebergewicht des Fussvolks ist ausserdem die dėn Germanen eigentümliche keilförmige Schlachtordnung. Denn diese war nur für das Fussvolk bestimmt und verwendbar, dagegen nicht für die Reiterei, von der wir durch Tacitus wissen, dass sie ihre Angriffe machte ita coniuncto orbe ut nemo posterior sit[2].

Uebrigens fehlte es den Germanen nicht an vortrefflichen Reitern. Die Gefolgsgenossen haben wir uns allenthalben als Reiter vorzustellen auf jenen Rossen, die ihnen nach Tacitus der princeps schenkte[3]. Denn die Könige und Fürsten, die sich mit Gefolgs- [5] leuten umgaben, reiten, sie reiten wie die Götter des germanischen Olymps, mit Ausnahme des nordgermanischen Thor, der auch insofern die Idealisierung des germanischen Bauers darstellt, als er zu Fuss geht oder in seinem polternden Wagen fährt. Gemeingermanisch war auch die aus Reitern und leichtem Fussvolk gemischte Truppe, zu welcher der einzelne Gau je fünfzig Reiter und Fussgänger aufbot. Da der Gau sich ursprünglich mit der Tausendschaft deckte und noch zu Cäsars Zeit der suebische Gau tausend Mann stellte, so bildeten die Reiter der gemischten Truppe ein Zwanzigstel der Heeresstärke. Viel mehr scheinen aber vor der Ausbildung des Gefolgswesens die meisten westgermanischen Stämme an Reiterei nicht aufgebracht zu haben, während sie z. B. in den Heeren Cäsars[4] durchschnittlich ein Viertel, in den Heeren des spanischen Kalifats die Hälfte der Infanteriestärke betrug[5]. Marbod hatte unter 74000 Mann nur 4000 Reiter[6]. Ariovist befehligte in Gallien nach Cäsar, De bello Gall. (I, 31), 120000 Mann; anderwärts (I, 48) sagt Cäsar von Ariovists Heere: equitum milia erant sex. Es sind die mit leichten Fusstruppen kombinierten Reiter. Andere scheint er überhaupt nicht besessen zu haben[7]. Für die

---

[1] Eine Bemerkung Arnolds, Urzeit S. 284.

[2] Germ. c. 6. Vgl. Peucker a. O. II 233.

[3] Germ. c. 14: exigunt enim principis sui liberalitate illum bellatorem equum.

[4] Marquardt, Römische Staatsverwaltung, 2. A. II 440.

[5] Henry Coppé, History of the Conquest of Spain by the Arab-Moors II 326 (1881).

[6] Vell. Paterculus II, c. 109.

[7] Vgl. Peucker a. O.

Zeit des Tacitus haben wir ausser den Reitern der gemischten Truppe mindestens noch die berittenen Gefolgsleute der principes in Anschlag zu bringen.

Als eine Besonderheit wird bei einigen Völkerschaften deren stärkere Reiterei hervorgehoben. So bei den Tencterern, Sigambern, Chauken, Batavern und Friesen. Als eine gens ex equo mirifice pugnans treten die Alamannen den Römern entgegen. Die Juthungen rühmen sich bei den Friedensverhandlungen mit Aurelian, sie hätten noch 40000 Mann zu Ross, echte Juthungen, deren Ruf im Reiter-
[6] kampfe gross sei, und 80000 Mann zu Fuss[1]. Die Vandalen, schon im dritten Jahrhundert stark an Reiterei[2], verwandeln sich nach ihrer Ansiedelung in Pannonien in ein Reitervolk. Nach Sidonius führten sie die Pferde zu Schiffe mit. Prokop sagt von ihnen, sie wüssten nicht recht zu Fuss zu kämpfen, sondern sässen alle zu Pferde[3]. Zu Ende des vierten, zu Anfang des fünften Jahrhunderts machte besonders die gotische Reiterei den Römern zu schaffen, so bei Adrianopel, in Hellas und Italien[4]. Eine hervorragende Rolle spielten die germanischen Reiter auch innerhalb des römischen Heeres. Mit durchschlagendem Erfolg verwendet sie bereits Cäsar im gallischen und im Bürgerkriege. Die aus Germanen bestehenden Leibwächter des Augustus und seiner Nachfolger, die custodes corporis, waren ein berittenes Korps. Auch unter den equites singulares, die an dessen Stelle traten, finden wir die Germanen stark vertreten. Das römische Staatshandbuch vom Anfang des fünften Jahrhunderts nennt equites Batavi seniores, iuniores, equites Marcomanni, Taifali, ferner alae Germanorum, Vandilorum, Quadorum, Saxonum, Francorum, Alamannorum, Juthungorum. Aus früherer Zeit ist uns noch eine ala Cannenefatium bezeugt[5].

Halten wir mit der Thatsache, dass unter den Stämmen mit hervorragender Reiterei einige niederrheinische Völkerschaften und

---

[1] v. Wietersheim-Dahn, Geschichte der Völkerwanderung I 235, und Peucker, Kriegswesen II 57 mit Bezug auf Dexippus, De bellis Scyth. Excerpta de legationibus gentium.

[2] Sie stellen nach dem Foedus mit Aurelian den Römern zweitausend Mann Hilfsreiterei. v. Wietersheim a. O. S. 236.

[3] Peucker, Kriegswesen II 57.

[4] Dahn, Könige VI 215.

[5] Mommsen, Observationes epigraphicae, Ephemeris V 174.

die Alamannen (Juthungen) genannt werden, die byzantinischen Berichte über die fränkisch-alamannischen Heere des sechsten Jahrhunderts zusammen, so drängt sich die Vermutung auf, dass bei den Westgermanen nach der Völkerwanderung ein Rückschritt in der Anwendung der Kavallerie stattgefunden habe. Auch ist es an sich nicht unwahrscheinlich, dass der Uebergang von Zuständen, in welchen Weidewirtschaft und Viehzucht überwogen, zu einem [7] Wirtschaftsleben, in welchem der Ackerbau die Hauptsache wird, das Kriegsross in ein Ackerpferd verwandelte und damit kriegerischen Zwecken entfremdete. Zudem mag die Pferdezucht unter der Ungunst des Christentums gelitten haben, welches die heiligen Pferde und die Pferdeopfer beseitigte und den Genuss des Pferdefleisches verbot.

Um so auffallender ist das Erscheinen der fränkischen Reiterheere, wie es vorläufig für den Ausgang des neunten Jahrhunderts festgestellt worden ist. Es setzt eine radikale Umwandlung des Heerwesens voraus, denn es ist das strikte Gegenteil dessen, was uns von dem Auftreten der Kimbern an bis tief in die merowingische Zeit hinein über die Kampfweise der Westgermanen berichtet wird. Solche Veränderung macht kein Volk aus Mode oder aus Laune durch; sie muss einen zwingenden Anlass gehabt haben. Als solcher wurde wohl die Entstehung und Ausbildung des Lehnwesens angeführt. Dem ist aber mit Recht widersprochen worden[1]. Ohne Zweifel hängt der Reiterdient enge mit dem Lehnwesen zusammen. Allein soweit ein Zusammenhang obwaltet, wird man das Lehnwesen nicht sowohl als Grund denn als Folge des Rossdienstes zu betrachten und eher anzunehmen haben, dass das Bedürfnis nach Reitern das Lehnwesen, als dass umgekehrt das Bedürfnis nach Lehnsleuten die Reiterei zur Entfaltung brachte.

2.

Der Zeitpunkt, in welchem die Reiterei bei den Franken das Uebergewicht über die Fusstruppen erlangte, ist früher allgemein zu spät angesetzt worden. Dagegen hat schon Waitz[2] hervor-

---

[1] Gegen Barthold, der jene Auffassung in seiner Geschichte der Kriegsverfassung und des Kriegswesens der Deutschen geltend machte, siehe Waitz, VG. VIII 124 ff.

[2] VG. IV 542.

gehoben, dass er ins achte Jahrhundert hinaufreiche, weil bereits die Heere Karls des Grossen zum guten Teile aus Reiterei be-
[8] standen hätten. Ihm stimmt Baldamus[1] bei, der für das neunte Jahrhundert eine Reihe neuer Belege zusammenstellt. Da es zur genauen Bestimmung des Wendepunktes darauf ankommt, eine möglichst geschlossene Beweiskette herzustellen, kann ich nicht umhin, auch die von Waitz und Baldamus beigebrachten Quellenzeugnisse in sie aufzunehmen. Als Ausgangspunkt hat uns das Jahr 891 gedient. Dringen wir von da aus in ältere Zeiten vor, so begegnen uns die Franken als Kavalleristen zunächst bei der Abwehr von Normanneneinfällen, welche der Schlacht an der Dyle vorausgingen. Im Jahre 885 kapitulieren die in Pontoise eingeschlossenen Franken gegen freien Abzug mit Waffen und Pferden[2]. Das Ludwigslied, welches den 881 bei Saucourt über die Normannen erfochtenen Sieg feiert und in dem kämpfenden König Ludwig den fränkischen Krieger schlechtweg darstellt, schildert ihn als tüchtigen Reiter mit Schild und Speer, wie wir denn aus anderer Quelle wissen, dass die Neustrier damals ein normannisches Reiterheer besiegten[3]. Von den Normannen berichten die noch im neunten Jahrhundert verfassten Miracula S. Benedicti des Adrevald von Fleury, sie hätten bei ihren Beutezügen das Land zuerst als pedites durchzogen, eo quod equitandi peritia deesset, seien aber dann beritten nach Sitte der Unsren überall herumgeschweift[4]. Der Zeitpunkt, seit welchem die Normannen von den Neustriern die Kunst des Reiterkampfes lernten, liegt jedenfalls vor 864. Denn schon in dem Edictum Pistense c. 25 sieht sich Karl der Kahle veranlasst zu bestimmen, dass derjenige, der den Normannen ein Pferd veräussert, mit dem Tode bestraft werden solle sicut proditor patriae et expositor christianitatis[5].

---

[1] Das Heerwesen unter den späteren Karolingern 1879 in Gierkes Untersuchungen. Derselben Ansicht ist Boutaric, Institutions militaires de la France avant les armées permanentes. Paris 1863, S. 80, und M. Balzer, Zur Geschichte des deutschen Kriegswesens in der Zeit von den letzten Karolingern bis auf Kaiser Friedrich II, 1877, S. 2.

[2] Annales Vedasti Mon. Germ. SS. II 201.

[3] Dümmler II 153 [III[3] 153]. Nach den Ann. Fuld. SS. I 394 [Kurze, S. 96] fielen bei Saucort neuntausend normannische Reiter.

[4] Deinde equis evecti more nostrorum omnia pervagantur. SS. XV, 1, p. 494.

[5] Pertz, LL. I 494 [Cap. ed. Boretius u. Krause II 321, c. 25].

In den Bürgerkriegen, durch welche die Söhne und Nachfolger Ludwigs I. die Kräfte des fränkischen Reiches erschöpften, [9] kam die Reiterei zu massenhafter Anwendung. Das Heer, welches Karl der Kahle 876 gegen den jüngeren Ludwig führt, ist ein Reiterheer. Cur ascendisti ad bellandum contra me? lässt ihn Ludwig durch seinen Gesandten fragen[1]. Karl unterliegt in der Schlacht bei Andernach, weil ein Nachtmarsch auf unwegsamen Pfaden und unter unaufhörlichen Regengüssen Ross und Reiter ermüdet hatte[2]. Unermessliche Beute macht Ludwig an Waffen, Rüstungen und Pferden[3]. Die Gefangenen, aus deren Aussagen hervorgehen soll, dass Karls Niederlage ein göttliches Strafgericht war, berichten u. a., wunderbar sei es gewesen, dass die Pferde, als Karls Reiter ihnen beim Anblick des Feindes die Sporen in die Weichen stiessen, unbeweglich standen, wie an einen Pfahl gebunden[4]. In dem Feldzuge von 841 und in der Schlacht von Fontenoy waren Karls und Lothars Heere beritten, wogegen Ludwigs des Deutschen Heer an Reiterei etwas schwächer war[5].

Im Jahre 832 unternahm Ludwig I. einen Feldzug gegen Pippin nach Aquitanien, welcher scheiterte, weil das Wetter den Pferden verderblich wurde. Nach starken Regengüssen war Glatteis eingetreten. Das hielten die Hufe der Rosse nicht aus und bald waren die meisten Reiter ohne Ross, so dass Ludwig die Heerfahrt aufgeben musste[6]. [In einem Kapitular vom Jahre 828 verlangte

---

[1] Annales Fuldenses SS. I 390 [Kurze, S. 87].

[2] Hincmari Annales SS. I 501 [Ann. Bertiniani recens. Waitz, S. 132]: Imperator . . dispositis scaris suis . . nocte surrexit et . . secus Andrunacum pervenit, fatigatis hominibus et equis de gravi et stricto itinere et pluvia, quae super eos nocte tota effluxit.

[3] Annales Fuldenses l. c.

[4] Ann. Fuld. SS. I 391 [Kurze, S. 89]: et quod maioris est admirationis equorum latera quibus insidebant calcaribus tundebant et cruentabant; sed illi quasi ad stipitem ligati immobiles permanebant.

[5] Als Karl über die Seine setzt, verursachen die Pferde einige Verzögerung. Karl kann wegen Ermüdung der Pferde die Anhänger Lothars nicht verfolgen. Nithard II, 6, SS. II 658. In Nithard II, 8 heisst es von Karl und seinem Gefolge, sie hätten nichts besessen ausser ihren Waffen und Pferden und dem, was sie auf dem Leibe trugen. Nithard II, 9 von Lothar: castra posuit ac veluti fessis equis biduo requiem dedit. Vor der Schlacht von Fontenoy bieten Ludwig und Karl ihrem Bruder Lothar an, quicquid absque equis et armis in universo exercitu habere videbantur.

[6] Vita Hludowici imper. c. 47, SS. II 635.

Ludwig I. bereits wie etwas Herkömmliches, dass alle homines, die den Heerdienst schulden, mit Pferden, Waffen, Kleidern, Karren und Nahrungsmitteln ausgerüstet seien[1].]

[10] Was die zahlreichen Feldzüge Karls des Grossen anbelangt, so hat schon Waitz geltend gemacht[2], dass seine Heere nicht mehr in der Mehrzahl aus Fusstruppen bestehen konnten, weil bei dem mangelhaften Zustande der Heerstrassen die Bewegung gewaltiger Infanteriemassen von einem Ende des Reiches zum andern die grössten Schwierigkeiten gehabt hätte. Karl der Grosse hat als Heerführer nur wenige gewaltige Schlachten geschlagen, sondern verdankte seine Erfolge hauptsächlich dem strategischen Prinzip, den Gegner durch kombinierte und rasch ausgeführte Angriffe von verschiedenen Seiten zu fassen und durch Umgehungen zu überraschen, also einer Methode, welche an die Beweglichkeit der Heersäulen besondere Anforderungen stellte[3]. Uebrigens fehlt es nicht an annalistischen Zeugnissen für die hervorragende Rolle, welche die Reiterei in Karls Heeren spielte. In der unglücklichen Schlacht am Süntel 782 griffen nach den Annales Einhardi die Franken ohne Ordnung an, wie eben jeden die Schnelligkeit seines Pferdes vorwärts trug[4]. Dieselbe Quelle berichtet zum Jahre 784 von einem equestre proelium zwischen Franken und Sachsen[5]. Bei dem avarischen Feldzuge von 791 brach in Karls Heere eine Pferdeseuche aus, so dass, wie die Annales Einhardi sagen, vix decima pars de tot milibus equorum remansisse dicatur[6]. Das 805 gegen die Czechen gesandte Heer kehrt nach gründlicher Verwüstung des Landes zurück, dum nec iam pabula equis aut cibaria exercitui

---

[1] [Hlud. et Hloth. ep. gener. Cap. II 5, forma A: ut omnes homines per totum regnum nostrum, qui exercitalis itineris debitores sunt, bene sint praeparati cum equis, armis, vestimentis et victualibus.]

[2] VG. IV 543. Mit Vorbehalt zustimmend Arnold, Deutsche Geschichte II, 2, S. 91: Handelte es sich um rasche und weite Züge, so wurde vorzugsweise Reiterei aufgeboten, während da, wo es auf grössere Massen ankam, der ganze Heerbann ausrücken musste. Je nach den Umständen wird also im einen Fall die Reiterei, im anderen das Fussvolk überwogen haben.

[3] Peucker, Kriegswesen der Urzeiten II 329 ff. Dahn in der Beilage zur (Münchener) Allg. Zeitung v. 22. März 1887.

[4] SS. I 165.

[5] SS. I 167: exercitus commisso cum eis equestri proelio felici ac prospero eventu dimicavit.

[6] SS. I 177.

superessent[1]. In dem Kriege gegen die Sarazenen von 810 setzt ein fränkisches Heer zu Schiff über den Ebro, indem es die Pferde [11]
nebenher schwimmen lässt[2].

Noch mehr fällt ins Gewicht, dass Karl bei einzelnen Mobilmachungen, für die uns zufällig seine Anordnungen erhalten sind, vorzugsweise oder ausschliesslich Reiter aufbot. Nach einem Kapitular von 807[3] sollten von den Friesen ausrücken: die Vassallen und die Inhaber von Benefizien et caballarii omnes. Im Gegensatz zu den caballarii heisst es weiter: reliqui vero pauperiores sex septimum praeparare faciant. Jene, die nicht zu Pferde ausziehen können, gelten sonach für pauperiores, ein Beweis, dass der normale auswärtige Kriegsdienst damals bei den Friesen bereits Reiterdienst war. Aus den Jahren 804 bis 811 stammt ein Aufgebotsbrief für den Abt Fulrad von S. Quentin. Er hatte seine gesamte Mannschaft in Reiterei und Tross zu stellen[4].

Seit Karl dem Grossen begegnet uns eine eigentümliche Abgabe, welche als fodrum, foderum, fodrium bezeichnet wird. Das fodrum (vom niederdeutschen voder, ahd. fuotar, das Stammwort des französischen fourage) war eine Abgabe, die für den Pferdebestand überwinternder Heeresabteilungen geliefert werden musste[5]. Schon in den Jahren 793 und 794 kommen Befreiungen von der Pflicht des fodrum vor[6]. Die Abgabe muss sich also bereits vorher ausgebildet haben.

Vereinzelte Züge bringen für das Reitertum der Franken die Biographen Karls des Grossen. Von zartestem Alter ab liess Karl nach Einhard gemäss fränkischer Sitte seine Söhne reiten[7]; nach derselben Quelle wurden die Franken in der Kunst des Reitens [12]

---

[1] Ann. Mettenses SS. XIII 33.

[2] Vita Hludowici c. 15, SS. II 614.

[3] Cap. ed. Boretius I 136, c. 3.

[4] Cap. I 168.

[5] Vgl. Conventus Silvacensis a. 853, c. 13, Pertz LL. I 425 [Cap. ed. Boretius et Krause II 274]: . . vel tempore hyemis quando marascalcos illorum ad fodrum dirigunt . .

[6] Karl für Aquileia a. 792, Mühlbacher, Regesten nr. 310. Ludwig in Aquitanien nach Vita Hludowici c. 7, SS. II 610; vgl. Mühlbacher, Regesten S. 211.

[7] Vita Karoli c. 19. Auch Karls Töchter reiten: Dümmler, Poetae latini I 371 ff.

kaum von einem Volke der Welt übertroffen[1]. Der Mönch von St. Gallen erzählt, die Franken hätten unter Karl die hergebrachte Tracht der langen Mäntel abgelegt und nach gallischem Vorbild angefangen, kürzere Mäntel zu tragen. Das habe der Kaiser nicht verhindert, quia bellicis rebus aptior ille videretur habitus. Als er aber dann erfuhr, dass die Friesen sich diese Mode zu nutze machten und zum alten Preise ganz kurze Mäntelchen lieferten, habe er die neue Tracht verboten, indem er ausrief: „Was nutzen diese Läppchen? Im Bette kann ich mich damit nicht zudecken, caballicans contra ventos et pluvios nequeo defendi.“ Ausserdem wird noch eine dritte notwendige Funktion des Menschen angeführt, bei welcher der kurze Mantel den Dienst versagt[2].

Aus der Zeit Pippins kommt die Verlegung des Märzfeldes in den Mai in Betracht, welche die Annales Mosellani und verwandte Annalen[3] zum Jahre 755 melden. Die Massregel hatte militärische Gründe und bezeichnet den Wendepunkt in der Umbildung des fränkischen Heeres. Mit Rücksicht auf die zahlreicher gewordene Reiterei musste die Heerfahrt um etliche Monate später angesagt werden, weil erst um diese Zeit das für den Pferdebestand nötige Gras auf den Wiesen und Weiden zu finden war[4], während es andrerseits nicht wohl anging, die Heerpflichtigen im März zur Heerschau zu berufen, dann nach Hause gehen zu lassen und binnen kurzer Zeit abermals zum Zweck der Heerfahrt einzuberufen. Das Heer hatte das Recht, auf dem Marsche Gras und Heu unentgeltlich zu beziehen, während sonstige Requisitionen — abgesehen von Wasser und Holz — ausserhalb des feindlichen Gebietes verboten waren[5].

---

[1] Vita Karoli c. 22: exercebatur (Karolus) assidue equitando ac venando, quod illi gentilicium erat, quia vix ulla in terris natio invenitur, quae in hac arte Francis possit aequari.

[2] SS. II 747 (I, 34).

[3] SS. XVI 495. Vgl. Waitz VG. III 561. Oelsner, Pippin S. 295, 447 f. Mühlbacher, Regesten S. 35.

[4] Boutaric, Institutions militaires de la France S. 80.

[5] Unter Karl dem Grossen wird den Grafen gelegentlich befohlen, zwei Drittel des Graslandes für den Bedarf des Heeres unter Bann zu legen. Cap. I 171, nr. 77, c. 10. Einhards Annalen berichten, dass Karl zu Anfang des Sommers 782 nach Sachsen aufbrach, da für den Heerzug bereits genügendes Futter vorhanden war, dass im Frühling 798 das Heer propter inopiam pabuli noch nicht ausrücken konnte. SS. I 163. 185.

Mit Waitz[1] kann auch darauf hingewiesen werden, dass Pippin [13]
den Tribut, den sächsische Gaue in Rindern hatten liefern müssen, 758 in einen Pferdetribut verwandelte[2].

Bei den Langobarden ist zur Zeit Pippins der normale Kriegsdienst bereits als Reiterdienst nachzuweisen. Eine Verordnung des Königs Ratchis von 745 setzt ihn voraus, indem sie bestimmt, dass jeder Arimanne, wenn er mit seinem iudex reitet, Schild und Lanze tragen solle et sic post ipsum caballicet[3]. Aistulf bestimmt in einem Kapitular von 750, dass von den Minderbemittelten diejenigen, welche 40 Joch Landes haben, mit Pferd, Schild und Lanze ins Feld rücken sollen[4].

Wann bei den Franken die Entwickelung einsetzte, welche den Schwerpunkt des Heerwesens in die Reiterei zu verlegen begann, kann nicht bewiesen, sondern nur vermutet werden, da die Quellen gerade für die erste Hälfte des achten Jahrhunderts sich ausschweigen. Doch lässt sich mit annähernder Wahrscheinlichkeit ein terminus a quo aus den zuverlässigen Berichten gewinnen, die wir über die Schlacht bei Poitiers besitzen, in welcher Karl 732 die Araber besiegte. Das Verhalten der Franken während und nach dieser Schlacht wird nur erklärlich, wenn wir annehmen, dass es ihnen an einer den Arabern einigermassen ebenbürtigen Reiterei fehlte. Sieben Tage lang erwarten die Franken in fester Stellung den Angriff des Feindes. Als er endlich erfolgt, wehren sie ihn ab in dichtgeschlossenen Reihen[5], der Taktik entsprechend, durch welche schon die Germanen sich gegen überlegene Reiterei
zu verteidigen pflegten[6]. Bei Eintritt der Nacht kehren sie in ihre [14]
Stellung zurück. Am nächsten Tage erwarten sie vergeblich die Wiederholung des feindlichen Angriffs. Als sie durch ausgesandte Späher erfahren, dass die Araber nachts ihr Lager verlassen hätten und geflohen seien, fürchten sie eine Kriegslist des Feindes; sie

---

[1] VG. IV 547 Anm. 2; II 2, S. 253.

[2] Ann. Laur. maiores, SS. I 140.

[3] LL. IV 184, c. 4.

[4] LL. IV 196, c. 2.

[5] Gentes septentrionales . . ut paries immobiles permanentes sicut et zona rigoris glacialiter manent adstrictae. . . . Isidor Pacensis, Bouquet II 721.

[6] Peucker, Kriegswesen II 219. 261 ff. Breysig, Karl Martell S. 67 f. Dahn, Urgeschichte III 795.

nähern sich daher mit Vorsicht auf Umwegen dem Lager. Als sie die Nachricht der Kundschafter bestätigt finden, greift eine Verfolgung oder doch jedenfalls eine energische Verfolgung nicht Platz[1], sondern die Truppen kehren nach Teilung der Beute in die Heimat zurück[2].

[1] Chronicon Moissiacense zu 732, SS. I 291. Isidor Pac. l. c.

[2] Ueber die Schlacht bei Poitiers sind christliche und arabische Berichte vorhanden. Ein Versuch, letztere kritisch zu verwerten, ist bis jetzt nicht gemacht worden. Arabische Quellen benutzt Conde, Hist. de la dominacion de los Arabes en España (als Geschichte der Herrschaft der Mauren in Spanien ins Deutsche übersetzt von Rutschmann I, 1824), doch kann er, da er die Quellen verschweigt, nicht kontrolliert werden. Der zuverlässigere Dozy geht auf die Schlacht von Poitiers nicht ein. Breysig, Karl Martell, bezieht sich auf einen arabischen Schriftsteller, einen angeblichen Augenzeugen der Schlacht, Cid Osmin Ben Arton, er kennt diesen aber nur aus St. Hypolite's Darstellung der Schlacht von Poitiers im Spectateur militaire XXXVI 272 (1843). St. Hypolite führt seinen Gewährsmann nur an einer einzigen Stelle an: Cid Osmin raconte, que les Arabes continuèrent leur route vers le nord, en traversant plusieurs provinces, où l'on fit un riche butin. . . . Dejà, dit-il, notre avantgarde était à Senone, lorsque nous apprîmes que Charles duc des Francs de l'Austrasie, rassemblait de grandes forces et se portait en Touraine pour nous prendre par derrière et nous couper la retraite. Dieser Cid Osmin Ben Arton ist eine Fälschung aus neuerer Zeit. Zwischen den Gelehrten von Tours und von Poitiers bestand vormals eine heftige Fehde über den Ort der Sarazenenschlacht, dessen Nähe beide Städte für sich in Anspruch nahmen. Im Jahre 1818 schrieb J. L. Chalmel in seinen Tablettes chronologiques de la Touraine eine Ausführung, worin er den Schlachtort in die Nähe von Tours verlegte. Derselbe Chalmel ist Verfasser einer Histoire de la Touraine, von welcher der erste Band 1828 erschien. Daselbst teilt er S. 225 mit, dass seine Ansicht über den Schlachtort ausser Zweifel gestellt werde durch das Zeugnis eines gleichzeitigen Schriftstellers, qui fut lui même acteur dans ce grand et terrible drame. Der Bericht, welcher bei Chalmel drei Oktavseiten füllt, beginnt mit den Worten: Nous continuâmes notre route vers le nord et nous traversâmes plusieurs provinces où l'on fit un riche butin. Und so weiter wörtlich wie bei St. Hypolite in der oben mitgeteilten Stelle. Zweifellos ist Chalmels Muselmann identisch mit dem Cid Osmin Ben Arton des St. Hypolite. Die Mitteilung des Schlachtberichtes will Chalmel einem spanischen Stabsoffizier verdanken, welcher, ohne seinen Namen zu nennen, ihm einen Auszug des arabischen Manuskriptes in spanischer Uebersetzung zugesendet habe. Was Chalmel in angeblich französischer Uebersetzung mitteilt, zeigt, dass Cid Osmin zu Anfang des neunzehnten Jahrhunderts französische Geschichte studiert hat. Auch ist sein Name nicht im Orient, sondern vermutlich in der Touraine entstanden. Arton ist, wie mich Herr Kollege Sachau versichert, keine arabische

War bei den Franken der Bruch mit dem alten Heersystem [15] in der Zeit zwischen 732 und 755 erfolgt, so machten sich seitdem weitere Fortschritte des Reiterwesens geltend, indem die Reiterei die Fusstruppen allmählich völlig oder fast völlig aus den Heeren verdrängte, indem die Technik des Reiterkampfes zu erhöhter Ausbildung gelangte, indem ferner innerhalb der Reiterei die schwergerüsteten, mit Panzer und Helmen versehenen Reiter der Kern der Wehrkraft wurden, und indem endlich in den Trainkolonnen das Rind, das noch in den Feldzügen Karls des Grossen als Zugtier diente[1], durch das Pferd ersetzt wurde.

Die Waffen des Reiters waren Lanze und Schild. Aus dem Uebergang zum Reiterdienst erklärt sich die auffallende Thatsache, dass wir in den Quellen der karolingischen Zeit nichts mehr hören von den alten nationalen Waffen des fränkischen Heeres. Prokop, Gregor von Tours und andere Quellen nennen als solche die Streitaxt, πέλεκυς, securis, bipennis, auch francisca[2]. Bei Agathias erscheint neben der Streitaxt der Ango, ein mit Widerhaken versehener Wurfspiess, als Hauptwaffe des fränkischen Fussvolks. Die in karolingischer Zeit, und zwar noch im achten Jahrhundert, entstandene Werttaxe, welche die Lex Ribuaria 36, 11 für die gebräuchlichen Waffenstücke enthält, zählt keine jener altnationalen Waffen auf, sondern nennt nur Schwert, Brünne, Helm, Beinschienen, Schild und Lanze. [Die alte Streitaxt zur Ausrüstung zu [16] verwenden, hat Karl der Grosse, wie es scheint, geradezu verboten; denn sie ist wohl inbegriffen, vermutlich insbesondere gemeint, wenn er bestimmt, dass man im Heere keinen baculus, sondern einen Bogen haben solle[3].] Mit den nationalen Waffen des fränkischen Fussvolkes[4] verschwindet auch die ihm eigentümliche keil-

Namensform. Die Frage, ob Chalmel Urheber oder Opfer der Mystifikation war, mag als hier unerheblich dahingestellt bleiben. Schon Dahn hat Urgeschichte a. O. Cid Osmins Angaben mit begründetem Misstrauen behandelt. Skeptisch äusserte sich über Chalmels Araber Reinaud, Invasions des Sarrazins en France (1876) S. 45, Anm. 1.

[1] Waitz VG. IV 544. Baldamus S. 63.

[2] In den Gesta Franc. [Liber hist. Franc.] c. 10. Vgl. Waitz VG. II 2, S. 212.

[3] [Cap. Aquisgr. 801—813, c. 17, Cap. I 172. Ueber die vieldeutige Verwendung des Wortes baculus siehe H. Brunner, Deutsche RG. II 417.]

[4] Die Streitaxt erscheint noch in Ekkehards I Waltharius (C. Scheffel und Holder 1874, v. 918), aber als antiquierte Waffe. Von Gerwig, dem Grafen

förmige Schlachtordnung. Wir hören von ihr nur noch in einem vereinzelten Falle aus dem Jahre 892, in der Schlacht bei Montpensier[1]. Es handelte sich damals um die Abwehr der in Aquitanien eingefallenen Normannen, gegen welche Odo Reiter und Fusstruppen aufgeboten hatte, also um einen Fall der Landesverteidigung, in welchem die allgemeine Dienstpflicht der Landwehr praktisch geworden war. Nachmals haben noch die Angelsachsen bei Hastings 1066 in keilförmiger Schlachtordnung gegen die Normannen gefochten[2].

3.

Die Veränderung des Heerwesens vollzog sich nicht gleichzeitig in allen Teilen des fränkischen Reiches. Vielmehr lässt sich an der Hand der Quellen nachweisen, dass sie im äussersten Südwesten begann und langsam nach Osten vorwärts schritt.

Ermoldus Nigellus[3] und die Vita Hludowici berichten uns über einen gerichtlichen Zweikampf, der 820 zwischen zwei Goten zu Aachen stattfand und grosses Aufsehen erregte, weil er nach gotischer Sitte zu Pferde ausgefochten wurde. Der gerichtliche Reiterkampf erscheint hier als lex Gothorum[4]. Der Beklagte hatte den Kaiser gebeten: more tamen nostro liceat residere caballum armaque ferre mea. Die kämpfenden Reiter tragen Schild und Speere. Sie kämpfen arte nova Francis antea nota minus[5]. Es
[17] ist selbstverständlich, dass der Reiterkampf bei den Westgoten schon geraume Zeit vorher Sitte geworden sein muss, ehe man ihn am Hoflager zu Aachen für den gerichtlichen Zweikampf als lex Gothorum anerkannte.

Noch höher reichen die Nachrichten über das Reiterwesen der Aquitanier hinauf. Zum Jahre 764 wird uns von einem Siege

---

aus dem Wormsergau, heisst es daselbst: Venit et ancipitem vibravit in ora bipennem. Dem wird aber die gewissermassen entschuldigende Erläuterung beigefügt: Istius ergo modi Francis tunc arma fuere.

[1] Richeri Hist. I, c. 8, SS. III 591. Vgl. Peucker a. O. II 329.

[2] Peucker II 341.

[3] In honorem Hludowici III 565 ff. bei Dümmler, Poetae latini II 57.

[4] Vita Hludowici c. 33, SS. II 625: Bera . . cum eodem (Sanila) secundum legem propriam — utpote quia uterque Gothus erat equestri proelio — congressus est.

[5] Ermoldus Nigellus III 606.

einer fränkischen Heeresabteilung über die Aquitanier berichtet. Diese verlieren sämtliche Pferde, nur wenige Feinde entkommen. Die Franken kehren mit namhafter Beute, namentlich an Pferden in die Heimat zurück [1]. Als Ludwig, der Sohn Karls des Grossen, 785 in zartem Alter mit dem aquitanischen Aufgebot in Paderborn eintrifft, erscheint er mit einer Anzahl von Altersgenossen in aquitanischer Tracht [2]. Diese ist Reitertracht, sie besteht in kurzem runden Mantel, weiten Beinkleidern und Stiefeln mit eingeschlagenen Sporen [3]. Zur Zeit Karls des Grossen fand Ludwig, als ihm die Verwaltung Aquitaniens übertragen wurde, den gesamten Klerus des Landes in einem Zustande völliger Verwilderung. Statt sich mit geistlichen Dingen abzugeben, beschäftigten sich die Kleriker mit Reiten, kriegerischer Uebung und Speerschwingen [4]. Man wird nicht fehlgehen, wenn man annimmt, dass diese Entartung der aquitanischen Geistlichkeit, deren kriegerische Lebensweise, wie man sieht, auf ein Reiterleben hinauslief, über die Zeit der Unterwerfung Aquitaniens unter die Herrschaft der Karolinger hinaufreicht und ihre Wurzeln in dem dauernden Kriegszustande trieb, in welchem sich Aquitanien und seine Kirche gegen die Sarazenen befand. Wie im fränkischen Reiche wird wohl auch in Aquitanien zur Zeit seiner Unabhängigkeit die Geistlichkeit von der Verpflichtung zur Landwehr nicht frei gewesen sein [5]. Nach Richer, Hist. L. I c. 71 bot König Odo im Jahre 892 die milites peditesque [18]
von Aquitanien auf [6], eine Stelle, in welcher, wie schon Baldamus bemerkte [7], milites schlechtweg die equites bezeichnet. Er habe dann aus Aquitanien und den Nachbarländern ein Heer von 2000 Reitern und 6000 Fussgängern zusammengebracht. Wie derselbe Richer erzählt, stellte Herzog Robert 921 ein Heer

[1] Fredegarii Contin. c. 127, Bouquet V 6 [Mon. Germ. SS. rerum Meroving. II 188].

[2] habitu Wasconum. Wascones beissen den fränkischen Quellen auch die Aquitanier schlechtweg.

[3] Vita Hludowici c. 4, SS. II 609.

[4] Vita Hludowici c. 19, SS. II 616: Nam totius Aquitaniae qui videbatur clerus . . utpote sub tyrannis agens magis equitationi, bellicae exercitationi, missilium librationi quam operam dare noverat divino cultui.

[5] Conv. Carisiacensis a. 877, c. 10 bei Pertz LL. I 539 [Cap. II 358]; vgl. Roth, Feudalität S. 317 ff. und Baldamus S. 51 f.

[6] SS. III 571.

[7] A. O. S. 61.

von 40 000 Reitern aus Neustrien und Aquitanien gegen die Normannen ins Feld. In dem siegreichen Kampfe gegen die unerwartete Uebermacht der Normannen bildeten die Aquitanier das Vordertreffen, verstärkt durch 1000 kräftige Reiter Neustriens [1]. Vielleicht finden in der frühen Ausbildung des aquitanischen Reiterwesens die Sprachgermanisten die Erklärung, weshalb das Walthari-lied seinen reitenden und speergeübten Helden aus Aquitanien stammen lässt.

In den Kämpfen Karls des Kahlen gegen Brüder und Neffen ist dessen Heer, wie schon oben bemerkt wurde, besonders stark an Reiterei. Als er 876 aus Italien zurückkehrt, droht er gegen Ludwig den Deutschen ein so gewaltiges Heer aufzubringen, dass die Rosse den Rhein aussaufen werden und er trockenen Fusses das Flussbett überschreiten könne [2]. In der Schlacht bei Andernach (876) ist auch schon der Train Karls des Kahlen mit Saumrossen bespannt [3]. Während Arnulfs Franken 891 an der Dyle noch vom Pferde springen, um die Normannen anzugreifen, lässt sich im Jahre 925 der grösste Teil des westfränkischen Heeres bei einem Angriff auf das normannische Lager nicht mehr dazu herbei. König Rudolf hatte etliche Truppen aus Francien, nämlich die milites der Kirchen von Rheims und Soissons, die Streitkräfte des Grafen Heribert von Vermandois und zahlreiche burgundische milites gegen die Normannen geführt. Ibique ab his, qui ex Francia perrexerant, pedestri pugna certatum est ad castra. Als diese aber
[19] bemerken, dass der grösste Teil des Heeres weder das feindliche Lager anzugreifen noch von den Pferden zu springen Miene macht, geben auch sie den Kampf auf und lassen die Normannen entkommen [4].

Innerhalb des ostfränkischen Reiches ist das Ritterwesen am frühesten in Lothringen zur Blüte gelangt [5]. Auf lothringischem Boden, nämlich in Flandern und Umgebung, lassen sich die ersten Turniere Deutschlands nachweisen [6]. Das Reiterheer, mit welchem Arnulf 891

---

[1] Richeri Hist. L. I, c. 28, SS. III 578.
[2] Ann. Fuld. SS. I 389 [ed. Kurze S. 86].
[3] Ann. Bertin. SS. I 501 [ed. Waitz S. 133].
[4] Flodoardi Annales a. 925, SS. III 374.
[5] Baltzer, Zur Geschichte des deutschen Kriegswesens in der Zeit von den letzten Karolingern bis auf Kaiser Friedrich II. (1877) S. 60.
[6] Waitz, VG. V 401.

an der Dyle siegte, bestand gewiss zum grossen Teile aus Lothringern. Nach Regino hatte es Arnulf ex orientalibus regnis zusammengebracht. Eine Quelle des elften Jahrhunderts, das im Utrechter Sprengel circa 1022 geschriebene Buch Alperts von Metz, De diversitate temporum, sagt mit Bezug auf ein lothringisches Aufgebot: qui tamen equitatui omni vita studebant, navi nihil poterant [1]. Auf Lothringen gehen auch die ältesten Nachrichten zurück über den Brauch, dass der Ritter, um das Streitross auf dem Marsche zu schonen, mit zwei Pferden ins Feld rückt [2]. Aus dem Anfang des elften Jahrhunderts berichtet Ekkehardts Chronik, dass die ars equitandi bei den Lothringern mehr als bei irgend einem andern Volke geübt werde [3].

Im ganzen ist die unbedingte Herrschaft und die technische Durchbildung der Reiterei bei den ostrheinischen Stämmen später eingetreten als im westfränkischen Reiche. In dem Kampfe gegen Lothar ist Ludwigs Heer schwächer an Reiterei als die Heere seiner Brüder; denn bei Nithard wird gelegentlich hervorgehoben, dass es an inopia equorum litt [4]. An deutschen Schlachten des zehnten und elften Jahrhunderts nimmt das Fussvolk noch bedeutsamen Anteil. So z. B. an der Schlacht des Jahres 906, in welcher Adalbert der Babenberger über den älteren Konrad siegte. [20]
Nach dem Berichte, den Regino darüber mitteilt, erwartete Konrad den Angriff Adalberts bei Fritzlar cum multa turba peditum et equitum. Sein Heer war in drei Haufen geteilt. Die turba peditum und die turba Saxonum wenden sich bei Beginn des Treffens zur Flucht, während Konrad an der Spitze des dritten Haufens in den Feind eindringt. Konrad fällt und Adalbert tötet innumeram multitudinem maxime peditum. Die turba, welche Konrad führt, bestand vermutlich aus seinen fränkischen equites. Dagegen darf die turba Saxonum nicht schlechthin als Reiterschar aufgefasst werden. Sie mag aus Fusstruppen und Reitern bestanden haben [5]. Noch

---

[1] Alpert II, 21, SS. IV 719.

[2] Alpert II, 10 und die Constitutio de expeditione Romana, welche nach Ficker auf eine in der ersten Hälfte des elften Jahrhunderts in Lothringen entstandene Vorlage zurückgeht. Baltzer a. O. S. 60.

[3] SS. VI 235.

[4] Nith. Hist. II, c. 10, SS. II 660.

[5] Regino SS. I 611. Schon Dümmler hat Geschichte des ostfränkischen Reichs II 538 Anm. 52 [III [2] 540, Anm. 2] auf die Bedeutung des Fussvolks

unter Heinrich IV. kam in den Sachsenkriegen das vulgus pedestre zu massenhafter Verwendung[1]. Wenn wir von den Franken absehen, so scheinen erst die Einfälle der Ungarn die grosse Masse der ostrheinischen Stämme in den Sattel gehoben zu haben. Von den Sachsen ist ja bekannt, dass Heinrich I. daran arbeiten musste, sich aus ihnen eine den Ungarn gewachsene Reiterei heranzubilden[2]. Noch um die Mitte des zwölften Jahrhunderts stehen nach dem Urteile ausländischer Stimmen die Deutschen im Reiterkampfe den Franzosen nach und gelten sie zu Ross für minder gefährlich als zu Fuss, wie sie denn auch bis in diese Zeit in kritischen Momenten vom Pferde zu springen und zu Fuss zu kämpfen pflegen
[21] und in der Handhabung der eigentlichen Reiterwaffe, der Lanze, minder geübt sind als im Gebrauche des Schwertes[3].

4.

Der erste Anstoss zur Umwandlung des fränkischen Heerwesens ist von aussen gekommen. Wie einst die Angriffsweise der Kimbern und Teutonen die Römer veranlasste die Legion und deren Abteilungen zu verstärken und dem Treffen eine grössere

---

in diesem Treffen aufmerksam gemacht und zugleich betont, dass der Rossdienst doch nicht so allein herrschend war, wie es nach Waitz scheinen möchte.

[1] Waitz, VG. VIII 122.

[2] Als die Ungarn 924 Sachsen verwüsten, tritt ihnen Heinrich nicht entgegen. Denn, so sagt Widukind I, 32, SS. III 431, rudi adhuc militi et bello publico insueto contra tam saevam gentem non credebat. Dagegen heisst es zum Jahre 932, Widukind I, 38, SS. III 434: Rex autem cum iam militem haberet equestri proelio probatum, contra antiquos hostes videlicet Ungarios praesumpsit inire certamen. Waitz, Jahrbücher des Deutschen Reichs unter Heinrich I., 3. Aufl. 1885, S. 101: Hatte der Rossdienst bei den Franken schon seit längerer Zeit das Uebergewicht erhalten, so scheinen die Sachsen denselben bisher weniger ausgebildet zu haben.

[3] Siehe die Belege bei Baltzer S. 47, insbesondere das Urteil der Gesta Roberti Wiscardi II v. 151, SS. IX 256, wo von den Teutonici und Suevi gesagt wird: Haec gens animosa feroces Fert animos, sed equos adeo non ducere cauta. Ictibus illorum quam lancea plus valet ensis. Nam neque equus docte manibus giratur eorum. Nec validos ictus dat lancea, praeminet ensis. Die Stelle erinnert an Tacitus, Germania c. 6, wo es von den deutschen Reitern heisst: sed nec variare gyros in morem nostrum docentur. Ein Jahrtausend nach Tacitus hatten die Westgermanen noch nicht gelernt, ordentliche Volten zu reiten.

Tiefe zu geben[1], so war auch im fränkischen Reiche die Abwehr eines äusseren Feindes die Triebfeder jener Entwickelung, welche den Schwerpunkt des Heerwesens in die Reiterei verlegte. In der Zeit, da die Veränderung sich vollzog, hatte das fränkische Reich sich gegen Normannen und Slawen, gegen Avaren und Araber zu wehren.

Was die Normannen betrifft, so wurde bereits oben S. 46 aus einer Nachricht des Adrevald von Fleury nachgewiesen, dass sie ihre Plünderungszüge anfangs zu Fuss unternahmen und erst auf fränkischem Boden den Reiterkampf von den Franken erlernten[2], freilich früh genug zum Schaden ihrer Lehrmeister, denn seit dem vorletzten Jahrzehnt des neunten Jahrhunderts werden die grossen Reiterscharen der Normannen häufig und in verhängnisvoller Bedeutung erwähnt. Noch weniger als die Normannen können hier die Slawen in Betracht kommen. Sie pflegten noch
im zehnten und elften Jahrhundert mit grossen Massen von Fuss- [22]
volk anzugreifen[3]. Die Redarier haben in der Schlacht, welche die Sachsen 929 hauptsächlich durch das Eingreifen schwergerüsteter Reiter gewinnen, zwar nicht viele Reiter, peditum vero innumerabilem multitudinem[4].

Mit dem Reitervolk der Avaren hatte das fränkische Reich keine anhaltenden, sondern nur vorübergehende Kämpfe zu bestehen. Im sechsten Jahrhundert brachen sie mehrmals über die Ostgrenze des Reiches ein, zuerst unter Sigibert, dann nach dem Tode Childeberts II. Beidemal erkaufen die fränkischen Machthaber durch Geldzahlungen ihren friedlichen Abzug[5]. Zu ernsteren Kämpfen kam es erst unter Karl dem Grossen, der die avarische Macht mit kurzen, aber entscheidenden Stössen vernichtete. Die Avareneinfälle des sechsten Jahrhunderts liegen zu früh, die Feldzüge Karls zu spät, um für die Anfänge des fränkischen Reiterwesens von Belang zu sein. Gegen den Einfluss der Avarenkämpfe

---

[1] Peucker II 243. Marquardt, Röm. Staatsverwaltung II^2 436.

[2] Aus dem Edictum Pistense oben S. 46 Anm. 5 können wir erschliessen, dass sie bei Auslösung von gefangenen Christen diese gegen Pferde zu vertauschen und wohl auch aus dem Erlös ihrer Beute Pferde zu kaufen pflegten.

[3] Belege bei Waitz, VG. VIII 122.

[4] Widukind I, 36, SS. III 433. Vgl. Ranke, Weltgesch. VI 130; Waitz, Heinrich I^3, S. 128 ff.

[5] Zeuss, Die Deutschen und ihre Nachbarstämme S. 731.

spricht auch der örtliche Ausgangspunkt der Veränderung, der, wie gezeigt wurde, nicht im Osten, sondern im Westen zu suchen ist.

So bleibt von den auswärtigen Gegnern des Frankenreiches, mit welchen unsre Betrachtung zu rechnen hat, nur noch einer, allerdings der furchtbarste, das Sarazenentum übrig, dessen Abwehr im Südwesten der Monarchie zugleich allein den örtlichen Zug der Entwickelung zu erklären vermag. Bald nach dem Sturze des Westgotenreichs begannen die Angriffe der Sarazenen gegen Gallien und das langobardische Reich. Im Jahre 720 überschreiten sie die Pyrenäen, nehmen Narbonne und belagern Toulouse. Als ihnen Eudo von Aquitanien nach wechselvollem Kampfe unterlegen war, besiegt sie Karl Martell 732 bei Poitiers. Aber 735 erscheinen sie aufs neue, setzen über die Rhone und gewinnen Arles. Im Jahre 737 muss ihnen Karl Avignon entreissen, dann schlägt er sie in der Schlacht am Flüsschen Berre. Als sie 739 abermals in der Provence vordringen, sieht er sich genötigt, die Langobarden
[23] um Hilfe zu bitten. Erst nachdem Pippin 759 Narbonne, den Schlüssel der arabischen Stellung diesseits der Pyrenäen, gewonnen hatte, kommen die Franken in die Lage offensiv gegen die spanischen Araber vorzugehen. Dass die Sarazenen sich in dem Kampfe mit den Franken zahlreicher Reiterei bedienten, lässt sich aus christlichen und arabischen Quellen beweisen. Gens equo fidens heisst das Volk der Sarazenen bei Ermoldus Nigellus[1]. Mauri celeres nennt er sie an einer andern Stelle[2]. Aus einer Urkunde Karls von 795 erfahren wir, dass ein Gote, Namens Johannes, Ludwig, dem Sohne Karls, ein vorzügliches Pferd, eine treffliche Brünne und ein indisches Schwert nach einem bei Ad Ponte über die Sarazenen erfochtenen Siege aus der Beute darbrachte[3], eine Nachricht, aus der sich ergibt, dass die Araber auch schwergerüstete Reiterei gegen die Franken verwendeten. Kostbar aufgezäumte Pferde erbeutet das fränkische Heer bei der Einnahme von Barcelona[4]. Während die Franken 807 oder 809 Toulouse belagern, naht ein arabisches Heer von 5000 Reitern zum Entsatz[5]. Aus italischen

---

[1] In honorem Ludowici I 147, Dümmler, Poetae latini II 9.

[2] L. c. I 437, Dümmler II 18.

[3] Mühlbacher, Regesten, S. 319. Vgl. Richter, Annalen I 124, Anm. 1.

[4] Ermoldus Nigellus I 539. 540.

[5] Funck, Ludwig der Fromme 1832, S. 32. 324. Vgl. Richter, Annalen II 181, Anm. 6.

Nachrichten des neunten Jahrhunderts können wir erschliessen, dass es Brauch der Sarazenen war, bei der Ausreise zu ihren Seefahrten ihre Pferde einzuschiffen[1]. Die bedeutsame Rolle, welche die Reiterei der Araber und der Berbern bei der Eroberung Spaniens und in den Parteikämpfen der spanischen Muselmänner spielte, erhellt aus den nach arabischen Quellen gearbeiteten Darstellungen der Geschichte der Mauren in Spanien von Conde, von Dozy und von Lembke[2] an zahlreichen Stellen. Sie aufzuzählen, wäre überflüssige Gründlichkeit. Hier genügt es, einzelne charakteristische Nachrichten hervorzuheben. Der arabische Schriftsteller Ibn Abd-El-Hakem nennt uns den Befehlshaber, welcher Tariks Reiterei bei der Eroberung Spaniens führte[3]. Während die Araber [24]
nicht bloss treffliche Reiter, sondern auch tüchtige Fussstreiter hatten, wird uns gelegentlich von den Berbern erzählt, dass sie nicht zu Fuss zu kämpfen verstanden. Vor der Schlacht am Bembezar sagen die Berbern auf Abfall sinnend zu ihren Bundesgenossen, den Jemeniten: Wir können nur zu Pferde streiten, während ihr es gut versteht zu Fuss zu kämpfen. Als ihnen daraufhin die Jemeniten ihre Pferde gaben, gingen die Berbern zu den Omajaden über. Das Ereignis fällt in die Zeit Karls des Grossen[4]. So stark war bei den spanischen Sarazenen das Bedürfnis nach Kavallerie, so tief eingewurzelt die Gewohnheit des Reiterkampfs, dass sie es nicht verschmähten, die leichten Reiter auf Maulesel zu setzen, wenn es an Pferden fehlte[5].

Der Einfluss, welchen die Araberkriege auf die Ausbildung des fränkischen Reiterwesens ausübten, spiegelt sich in der natio-

---

[1] Richter, Annalen II 334. Reinaud, Invasions S. 298 f.

[2] Siehe oben S. 52 Anm. 2 und unten S. 61 Anm. 3. 4.

[3] Mugeiz-Errumi. Ibn Abd-El-Hakems History of the Conquest of Spain edited by John Harries Jones 1858, S. 20. Diese Nachricht verdient den Vorzug vor einer anderen, deren Gewährsmänner El-Hakem nicht nennt, dass Tarik und seine Gefährten zu Fuss gegen Roderich marschierten und kein einziger Reiter unter ihnen gewesen sei. A. O. S. 22. Vgl. Conde (übers. v. Rutschmann) I 31. 35. 38 f.; Lembke, Geschichte von Spanien I 260. 265.

[4] Dozy, Geschichte der Mauren in Spanien, deutsche Ausg. 1874, I 237.

[5] Vita Johannis Gorziensis SS. IV 375, c. 132: post hos (pedites) mulis quidam cum levi quadam armatura insidentes, deinde equites calcaribus equos in fremitu et subsaltatione varia concitantes. Vgl. noch Dozy I 221.

nalen französischen Sage. Der ältere französische Ritterroman, der aus dem karolingischen Sagenkreise schöpft, dreht sich hauptsächlich um die Kämpfe mit den Sarazenen. Die Rolle, welche darin den Sarazenen als Lehrmeistern zufällt, erhellt aus der Sage, dass Karl der Grosse bei ihnen als Kind erzogen worden sei [1].

5.

Als im dreizehnten Jahrhundert das System der Heerschilde
[25] zur theoretischen Ausgestaltung gelangte, standen Lehnsfähigkeit und Ritterbürtigkeit in engster Verbindung. Den Heerschild und damit die Lehnsfähigkeit hatten zunächst diejenigen, die den Schild tragen durften, die Ritterbürtigen [2]. Der dieser Theorie zu Grunde liegende Zusammenhang zwischen Lehnsdienst und Rossdienst reicht bis zu den Anfängen des Lehnwesens hinauf.

Schon die Vorläufer der Vassallen, die Gefolgsgenossen, sind beritten. Der Herr schenkt ihnen Streitrosse. Diese Sitte lässt sich noch bei den Angelsachsen aus dem sogenannten Heergeräte erschliessen, welches, in Pferd und Waffen bestehend, an den Herrn aus dem Nachlasse des Mannes zu zahlen ist, weil er sie bei Eingehung des Dienstverhältnisses vom Herrn erhalten hat [3]. Die Hingabe von Pferden findet sich aber auch noch bei der vassallitischen Kommendation des fränkischen Rechtes. Sie wird zwar nur in einzelnen Fällen, bei der Kommendation Tassilos III. [4], des Dänen Harald [5] und bei der Unterwerfung Remistans [6], erwähnt. Allein Ermoldus Nigellus bezeichnet die Gabe von Pferd und Waffen bei der Kommendation als alte fränkische Sitte.

Für die Zeit nach Ausbildung der Vassallität und des Benefizialwesens lässt sich zwar nicht behaupten, dass der Begriff der

[1] Nach dem Roman Mainet.

[2] Homeyer, System des Lehnrechts, Sachsenspiegel II 2, S. 289 f. Ficker, Vom Heerschilde S. 175 f.

[3] K. Maurer, Krit. Ueberschau II 393. [Domesdaybook I 56 bei Stubbs, Select Charters S. 91. Vgl. das Lehnsgesetz Konrads II. vom Jahre 1037, § 4 in Const. imp. ed. Weiland I 90.]

[4] Hibernicus exul ad Karolum regem v. 95. Dümmler, Poetae lat. I 399.

[5] Ermoldus Nigellus IV 607 bei Dümmler, Poetae lat. II 75: Mox quoque Caesar ovans Francisco more veterno Dat sibi equum nec non ut solet arma simul.

[6] Fredeg. cont. c. 128 [SS. rerum Meroving. II 189].

Vassallität die Pflicht des Rossdienstes in sich schloss und noch weniger, dass das Benefizium als solches zum Reiterdienst verpflichtete. Dagegen ergeben die Quellen allerdings, dass die Vasallen und Benefizieninhaber vorzugsweise Reiterdienst leisteten und dass die Reiterheere mindestens der späteren karolingischen Zeit vorzugsweise vassallitische Heere waren.

Das Diedenhofener Kapitular von 805[1] verweist in c. 6 hinsichtlich der im Heere vorgeschriebenen Bewaffnung auf eine ältere [26] Verordnung Karls des Grossen, die uns leider nicht mehr erhalten ist: De armatura in exercitu, sicut iam antea in alio capitulari commendavimus, ita servetur. Ergänzt wird die uns unbekannte Vorschrift durch die Bestimmung: Et insuper omnis homo de duodecim mansis bruneam habeat. Qui vero bruniam habens et eam secum non tullerit, omne beneficium cum brunia pariter perdat. Da der Verlust des Benefiziums angedroht wird, ist bei dem homo de duodecim mansis wenn nicht ausschliesslich, doch mindestens zunächst an den Benefizieninhaber zu denken. Die Brünne[2] wird hier als Rüstung des schweren Reiters vorgeschrieben. Allerdings ist nicht ausdrücklich gesagt, dass der Inhaber der Brünne auch ein Pferd haben solle. Allein das Besitzminimum für den Rossdienst war vermutlich in dem verlorenen Kapitular angegeben, dem das Erfordernis der Brünne sich mit et insuper anschliesst. Verstärkt wird diese Vermutung durch eine Verordnung Aistulfs von 750[3], welche bestimmt: die Reichsten, d. h. die Grundbesitzer, die mindestens sieben Zinshöfe (casas massarias) besitzen, und von den Kaufleuten die maiores et potentes sollen loricam und ausserdem caballos et reliqua armatura (Schild und Lanze), die Besitzer von 40 Joch Landes und von den Kaufleuten die sequentes sollen Pferd, Schild und Lanze, die homines minores Köcher, Pfeil und Bogen haben. Der Dienst mit der Brünne schliesst hier den Rossdienst in sich; der Dienst mit Ross, Schild und Lanze steht in zweiter Linie. Bei den Franken wird es unter Karl dem Grossen kaum anders gewesen sein. Nachmals verlangt die sogenannte Constitutio de

---

[1] Boretius, Cap. I 123.

[2] Die Brünne (got. brunjo, ahd. prunia, prunna, ags. byrne, altnord. brynja von brinnen wegen des Erzglanzes) war ein kurzer Rock aus Leder oder Zeug, auf welchem Metallschuppen oder Ringe aufgenäht waren. S. Baltzer S. 52. Als Ringpanzer erscheint die Brünne im Beowulf.

[3] LL. IV 196, c. 2.

expeditione Romana Rossdienst mit Brünne schon auf je zehn Hufen lehnrührigen Landes[1]. Eine vermutlich im 11. Jahrhundert gefälschte Urkunde für Strassburg von angeblich 662 verpflichtet die [27] freien Lehnsleute der Kirche zum Kriegsdienst mit der Beschränkung, dass unusquisque loricatus vir decem mansus possideat[2].

Nach einer Verordnung Karls von 811 sind die Kirchen, welche über mehrere Brünnen verfügen, verpflichtet, zunächst ihre Vassallen damit auszurüsten. Sie zu veräussern wird ihnen verboten. Hat eine Kirche mehr Brünnen als Vassallen, so ist der princeps (der Kaiser) über deren Verwendung zu fragen, eine Norm, die den Fall voraussetzt, dass sämtliche Vassallen der Kirche als schwergerüstete Reiter dienen. Dass die kirchlichen Vassallen mindestens beritten waren, folgt aus dem Aufgebot des Abtes Fulrad von S. Quentin[3]. Dieser wird aufgefordert, sich zur Heerfahrt cum hominibus suis in Stassfurt einzufinden. Jeder caballarius soll Schild und Lanze, Schwert und Halbschwert, Bogen, Köcher und Pfeile besitzen. Von den homines des Abtes soll auf der Heerfahrt jeder bei seinen caballarii sein, damit die Abwesenheit des Herrn sie nicht zur Ungebühr verleite. Die caballarii sind leicht bewaffnete Reiter, welche aus den kleineren Vassallen, Aftervassallen und etwa noch aus Ministerialen des Abtes bestanden. Ihre Herren, die sie beaufsichtigen und führen, müssen die grösseren Vassallen des Abtes gewesen sein. Wahrscheinlich waren sie als schwere Reiter ausgerüstet. Jedenfalls werden sie neben ihren caballarii nicht zu Fuss gegangen sein[4].

Wenn ein andres Kapitular Karls für Friesland bestimmt, ut comites et vassalli nostri qui beneficia habere videntur et caballarii omnes . . . veniant bene praeparati[5], so wird sicherlich vorausgesetzt, dass auch die Grafen und Königsvassallen zu Pferde erscheinen.

Einen Schluss auf den Rossdienst der Vassallen gestattet auch ein Kapitular Karls des Grossen von 792[6]. Darin wird verlangt, dass den Treueid u. a. schwören sollen die servi, qui honorati bene-

---

[1] Vgl. oben S. 57 Anm. 3.

[2] Pertz, Dipl. p. 186, nr. 70. Vgl. UB. der Stadt Strassburg I, 1879, S. 2.

[3] Cap. I 168.

[4] Vgl. Waitz, VG. IV 544. Baldamus S. 80.

[5] Siehe oben S. 49.

[6] Cap. I 67, nr. 25, c. 4.

ficia et ministeria tenent vel in bassallatico honorati sunt cum domini [28] sui et caballos, arma et scuto et lancea, spata et semispasio habere possunt. Wenn Knechte, welche Benefizien oder eine vassallenartige Stellung hatten, als Reiter ausgerüstet sind, so werden wir uns auch die Masse der freien Vassallen als beritten vorstellen müssen[1].

Für die Vermutung, dass wenigstens die Reiterheere der spätkarolingischen Zeit vorzugsweise vassallitische Heere waren, spricht von vornherein die rapide Ausdehnung, in welcher Vassallität und Benefizialwesen zunächst in Westfranken den grösseren Teil von Grund und Boden feudalisieren. Zudem fehlt es nicht an einzelnen Zeugnissen. In dem Meersener Kapitular von 847[2] bestimmt Karl, dass jeder, der einen Senior hat, mit diesem ins Feld ziehe, während im Fall der Landesverteidigung das gesamte Volk verpflichtet sei, an der Landwehr teilzunehmen. Die Heere, mit welchen Karl der Kahle seine Feldzüge unternahm, waren Reiterheere; sie müssen nach dem Tage von Meersen ausschliesslich aus Vassallen und abhängigen, im Seniorat befindlichen Leuten bestanden haben. Ehe Karl der Kahle seinen zweiten Zug nach Italien antrat, sah er sich 877 veranlasst, in dem Kapitular von Kiersy denjenigen, die ihn begleiteten, die Vererbung der während der Heerfahrt etwa ledig werdenden Lehen zu sichern[3]. Für Italien folgt der vassallitische Charakter des Reiterheers aus der Konstitution, welche Ludwig II. 866 für den bevorstehenden Feldzug nach Benevent erliess. Wer auf der Heerfahrt raubt oder stiehlt, soll dreifache [29] Busse zahlen, et liber cum armiscara id est sella ad suum dorsum ante nos a suis senioribus dirigatur et usque ad nostram in-

---

[1] Berittene Vassallen begegnen uns in der Formel 34 der Collectio Sangallensis, Zeumer S. 418. Ein Vikar des Klosters wird aufgefordert, einem 877 nach Rom reisenden Bischof von Speier und seinem Gefolge zu Bohlingen Herberge zu bereiten. U. a. sollen geliefert werden: de avena trita et ventilata ad pastum cavallorum maldra 3 et foenum in pratis vel in agris, singulis cavallis vassallorum et servorum illius unum manipulum.

[2] Pertz, LL. I 395 [Cap. ed. Boretius et Krause II 71].

[3] Pertz, LL. I 542, c. 3 [Cap. ed. Boretius et Krause II 362]: si comes obierit, cuius filius nobiscum sit ... nobis renuntietur, ut filium illius qui nobiscum erit, de honoribus illius honoremus ... Similiter et de vassallis nostris faciendum est. Ueber die Motive dieses Versprechens vgl. Emile Bourgeois, Le Capitulaire de Kiersy-sur-Oise, étude sur l'état et le régime politique de la société carolingienne à la fin du IXème siècle d'après la législation de Charles le Chauve 1885, S. 135.

dulgentiam sustineat[1]. Unfreie werden zu Haut und Haar bestraft. Wenn der Senior die Missethat nicht ahndet, zahlt er seinerseits die Busse, und soll er dieselbe Harmschar leiden, solange es dem König gefällt. Das Kapitular setzt voraus, dass das Heer aus Seniores und deren Leuten besteht. Das Satteltragen ist Strafe des Reiters. Bei der Harmschar wählt man zur Strafe, was zum Beruf oder täglichen Leben des einzelnen gehört[2]. Otto von Freising kennt das Satteltragen als fränkische und schwäbische Sitte. Wahrscheinlich ist es, wie der Ausdruck Harmschar, aus fränkischer Gegend in Italien eingedrungen.

6.

Wie das Reiterwesen nahm auch das Lehnwesen den Weg von Westen nach Osten. Wenn auch die Franken von je eine — allerdings schwache — Reiterei besassen, so hat doch die massgebende Entwickelung, welche die Grundlagen des fränkischen Heerwesens veränderte, erst unter Karl Martell und seinen Söhnen eingesetzt. Aehnlich verhält es sich mit der Entstehung des Lehnwesens. Seine Keime entstanden schon in der merowingischen Zeit. Freie Vassallen finden sich bereits zu Anfang des achten Jahrhunderts[3]. Noch älter sind die Ausgangspunkte des Benefizialwesens, nämlich die kirchlichen Prekarien und jene merowingischen Landschenkungen, welche ein unveräusserliches und beschränkt vererbliches Eigentum des Beschenkten begründeten[4]. Allein das Aufkommen des eigentlichen Benefizialwesens datiert ebenso wie der Umschwung im Heerwesen aus der Zeit Karl Martells und seiner Söhne. Es steht in engem Zusammenhange mit den Massregeln, durch welche die arnulfingischen Hausmeier einen grossen
[30] Teil des Kirchengutes zu militärischen Zwecken in weltliche Hände brachten. Da nach kanonischer Satzung die Veräusserung des Eigentums am Kirchengut rechtlich ausgeschlossen und nur die Uebertragung des Niessbrauchs zulässig war[5], musste bei den

---

[1] LL. I 505, c. 10 [Cap. ed. Boretius et Krause II 96, c. 9].

[2] Waitz, VG. VI 490.

[3] Lex Alam. Hlo. 36, 4. Vgl. Roth, Feudalität S. 249.

[4] H. Brunner, Die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger in Berl. SB. 1885, S. 1173 ff. [oben S. 1 ff.].

[5] Edg. Löning, Kirchenrecht II 696. H. Brunner, RG. I 332 f. u. Anm. 14. Vgl. Roth, Feudalität S. 147.

Vergabungen aus Kirchengut dem beschränkten Eigentum, das die merowingische Landschenkung gewährte, nach dem Vorbild der kirchlichen Prekarie ein als ius in re aliena gestaltetes Leiheverhältnis substituiert werden.

Der Eingriff in das Kirchengut, den wir — um nicht dem juristischen Charakter der einzelnen Eingriffsakte zu präjudizieren — vorläufig als sogenannte Säkularisation bezeichnen können[1], traf vorzugsweise die neustrischen Kirchen, weniger die austrasischen, und zwar schon aus dem einfachen Grunde, weil es in Austrasien damals noch nicht viel altes Kirchengut gab, welches den Zwecken des Heerwesens hätte zum Opfer fallen können[2], ein Sachverhalt, der, wie sich zeigen wird, trefflich zu der späteren Ausbildung des austrasischen Reiterwesens stimmt. Der Grundbesitz der neustrischen Kirchen, nach einer Schätzung Roths etwa der dritte Teil der kulturfähigen Fläche Galliens, stammte zum guten Teile aus königlichen Schenkungen. Schon im römischen Reiche kam es während des fünften Jahrhunderts vor, dass man in Fällen der Staatsnot von den Eigentümern geschenkter Fiskalgüter, statt diese einzuziehen, ausserordentliche Abgaben erhob[3]. Die Merowinger haben gelegentlich einzelne Kirchengüter eingezogen, auch findet sich schon im siebenten Jahrhundert ein Vorbild der später sogenannten precariae verbo regis[4]. Im Gegensatz zu diesen vereinzelten Eingriffen hat die sogenannte Säkularisation der arnulfingischen Hausmeier den Charakter einer umfassenden politischen Massregel.

Zeitpunkt und Bedeutung der sogenannten Säkularisation sind streitig. Nach Roth hätte Karl Martell die Bistümer und Abteien mit ergebenen Leuten besetzt, die dann nach seinem Winke Kirchen- [31]
güter zu Prekarium verliehen. Die eigentliche Säkularisation hätten erst Pippin und Karlmann vorgenommen. Waitz nimmt an, dass die Einziehung des Kirchengutes in der Hauptsache unter Karl Martell erfolgte. Unter seinen Söhnen sei ein Teil der eingezogenen Kirchengüter restituiert worden. Nach Ribbeck handelt es sich nicht um eine einmalige und allgemeine Massregel,

[1] Säkularisation nennt ihn Roth.
[2] Arnold, Deutsche Geschichte II, 2, S. 129.
[3] Cod. Theod. XI, 20, c. 4, a. 423. Nov. Theod. II, Titel 26, a. 444.
[4] Mühlbacher, Regesten nr. 74.

sondern es habe zum Teil unter Karl Martell, zum Teil unter seinen Söhnen eine fortdauernde, von Fall zu Fall vorgehende Einziehung stattgefunden[1]. Pippin und Karlmann hätten das Opfer, das die Kirche zu bringen gezwungen war, in billiger und gerechter Weise planmässig auf die einzelnen Kirchen verteilt und bei dieser Gelegenheit einen Teil der eingezogenen Güter restituiert. Ich halte Ribbecks Meinung in ihren wesentlichen Grundzügen für richtig. Doch kann die Erledigung der Streitfrage hier dahingestellt bleiben; denn es genügt, zu konstatieren, dass nach den Ansichten von Roth und Waitz, von Daniels[2], Hahn[3] und Oelsner[4], Kaufmann[5], Ribbeck[6] und Arnold[7] schon unter Karl Martell eine Verwendung von Kirchengut zu militärischen Zwecken erfolgt ist.

Bezeichnenderweise fallen die meisten Massregeln, welche wir genauer verfolgen und datieren können, in die Zeit nach der Schlacht von Poitiers (732). In Saint Wandrille sind nach den Gesta abbatum Fontanellensium die Kirchengüter unter Abt Teutsindus abhanden gekommen. Teutsind war Abt von 734 bis 738. Auf ihn wird der Vermögensverfall der Kirche zurückgeführt. „Nam paene tertiam partem facultatum abstulit suisque propinquis ac regiis hominibus ad possidendum contradidit, quae usque nunc de isto
[33] coenobio permanent ablatae.“[8] Vom Jahre 734 datiert eine Urkunde, durch welche Teutsind einem Grafen Ratharius nicht weniger als 52 Villen des Klosters gegen einen überaus mässigen Zins als Prekarium verlieh. Unmittelbar nach dem Siege von Poitiers entsetzte Karl Martell den Bischof Eucherius von Orleans und schickte ihn samt seiner Sippe in das Exil. Wie die Vita Eucherii erzählt, hätte Karl sich dazu anstiften lassen, ut honores eorum quosdam propriis usibus adnecteret, quosdam vero suis satellitibus

[1] Die sogenannte Divisio des fränkischen Kirchengutes in ihrem Verlauf unter Karl Martell und seinen Söhnen, 1883.

[2] Handbuch der deutschen Reichs- und Staatenrechtsgeschichte I 512 ff.

[3] Jahrbücher des fränk. Reichs 741—752, Exkurs XI, S. 178 ff.

[4] Jahrbücher des fränk. Reichs unter König Pippin, S. 478 ff.

[5] Die Säkularisation des Kirchenguts durch die Söhne Karl Martells in Hildebrands Jahrbüchern XXII 73 ff.

[6] Siehe oben Anm. 1.

[7] Deutsche Geschichte II, 2, S. 128.

[8] Gesta abbatum Font. rec. S. Loewenfeld 1886 in den Scriptores rerum Germanicarum in usum scholarum ex Mon. Germ. hist. recusi, S. 30.

cumularet[1]. Wenn das auch nicht der Grund der Massregel war, diese vielmehr durch die politische Haltung des Eucherius und seiner Verwandten veranlasst wurde, so ist doch an der Thatsache nicht zu zweifeln, dass Karl die Aemter und die damit verbundenen Einkünfte der Verbannten teils seinem Fiskus, teils seinen Getreuen zuwendete. Im Jahre 733 setzte Karl, um die Verhältnisse Burgunds sicherzustellen, daselbst seine zuverlässigsten Leudes ein; ebenso überlieferte er ihnen das lugdunensische Gallien[2]. Auf eine Einziehung in Marseille, welche 739 oder bald danach erfolgte, lässt ein missatischer Bericht von 780 schliessen, wo es heisst: et post mortem ipsius Abbone Ardingus ille Alemannus ipsas casas Dei ecclesiae intemerato ordine . . . disvestivit et ad Hinniberto suo vasso hoc beneficiavit[3]. In die spätere Zeit Karl Martells oder in [33]
die ersten Jahre Pippins fällt auch die Beraubung der Kirchen von Auxerre[4], Vienne und Lyon[5].

Der Zweck, zu welchem das Kirchengut unter Karl Martell und seinen Söhnen in Anspruch genommen wurde, war nach dem unzweideutigen Zeugnis der Quellen ein militärischer. Ausdrücklich sagt Karlmann in dem Capitulare Liptinense von 743: statuimus . . propter inminentia bella et persecutiones ceterarum gentium,

---

[1] Vita S. Eucherii ep. Aurelian. c. 7 bei Mabillon, Acta ord. S. Benedicti, saec. III, tom. I 598.

[2] Fred. cont. c. 109 [SS. rer. Merov. II 175]: regionem Burgundiae sagaciter penetravit, fines regni illius leudibus suis probatissimis, viris industriis ad resistendas gentes rebelles et infideles statuit, pace patrata Lugduno Gallia suis fidelibus tradidit. Vgl. Waitz, VG. III 17 f.

[3] Martene u. Durand, Amplissima Collectio I, col. 41, wo die Urkunde leider unvollständig abgedruckt ist. Auf dieselbe Angelegenheit, nämlich auf die Entziehung der Villa Caladio, bezieht sich die Urkunde in Guérard, Cartulaire de S. Victor de Marseille I 43. Abbo machte 739 sein Testament, muss aber bald danach gestorben sein. Nach der Urkunde des Cartul. de S. Victor hat eine zweimalige Beraubung stattgefunden; die erste durch Patricius Antenor, worauf durch Abbo auf Befehl Karl Martells eine Restitution stattfand: sed . . per ipsas rixas et dissenciones, que in Provincia fuerunt, ipsa casa Dei exinde devestita fuit, eine Bemerkung, die nur auf die Empörung des Mauruntus von 739 bezogen werden kann. Sie betrifft die Einziehung nach Abbos Tod.

[4] Gesta epist. Autissiodorensium SS. XIII 395. Vgl. Roth, Benefizialwesen S. 444—450, Feudalität S. 86, der die Einziehung unter Pippin setzt.

[5] Adonis Chron. SS. II 319. Roth, Benefizialwesen S. 338. Dagegen Hahn, Jahrbücher S. 187 f.

quae in circuitu nostro sunt, ut . . aliquam partem ecclesialis pecuniae in adiutorium exercitus nostri . . aliquanto tempore retineamus[1]. Von Karl Martell berichtet die Historia Francorum Senonensis: hic res ecclesiarum propter assiduitatem bellorum laicis tradidit[2]. Den Zusammenhang der sogenannten Säkularisation mit den Kriegen Karl Martells heben auch die Miracula S. Benedicti des Adrevald von Fleury[3] hervor, wo es von Karl Martell heisst: denique rebus bellicis operosissime insistens tyrannos per totam Franciam dominatum sibi vindicantes obpressit[4] ob eamque rem plurima iuri ecclesiastico detrahens praedia fisco associavit ac deinde militibus propriis distribuere studuit. In ähnlicher Weise wie Karl Martell und seine Söhne scheinen in Aquitanien Herzog Eudo und seine Nachfolger vorgegangen zu sein. Nach den Miracula S. Austregisili befahl Eudo einem seiner Optimaten, das Kloster jenes Heiligen zu besetzen; das habe dieser denn auch gethan und quidquid invenire potuit in ipso coenobio suis comitibus tradidit dispensandum[5]. Unter Waifar befanden sich aquitanische Güter neustrischer Kirchen in weltlichem Besitz. Sie waren entweder von Waifar
[34] selbst oder von einem seiner Vorgänger eingezogen worden, und es bildete einen der Anlässe des Krieges zwischen Pippin und Waifar, dass dieser die Herausgabe jener Güter verweigerte[6].

Die herkömmliche Ansicht, wie sie am schärfsten von Roth begründet worden ist, erklärt das Bedürfnis nach Verwendung der Kirchengüter daraus, dass die allgemeine persönliche und unentgeltliche Leistung des Kriegsdienstes bei der Ausdehnung des Reiches und den häufigen Kriegen eine Unmöglichkeit geworden sei. Um die sich lichtenden Reihen des Heeres zu ergänzen, hätten die Hausmeier Kirchen- und Krongüter an weltliche Grosse verliehen, welche dann ihrerseits auf den verliehenen Gütern ärmere Freie ansiedelten, die dann zum Heerdienst herangezogen wurden[7]. Mich

---

[1] Boretius, Cap. I 28, c. 2.

[2] SS. IX 364.

[3] SS. XV, 1, S. 483.

[4] Aus Einhard, Vita Karoli c. 2.

[5] Mabillon, Acta ordinis S. Benedicti, saec. II, p. 100, c. 4. Eine andre Beraubung, welche gleichfalls zur Zeit Eudos erfolgte, setzt c. 8 l. c. voraus.

[6] Fred. Cont. c. 124.

[7] Roth, Benefizialwesen S. 350 ff. Derselbe, Die Säkularisation des Kirchengutes unter den Karolingern, 1864, S. 17 ff.

hat diese Erklärung von je nicht völlig befriedigen können. Die Verarmung und Unterdrückung der kleineren Grundbesitzer und ärmeren Freien hat sich in grösserem Masse erst unter dem karolingischen Königtum vollzogen. Was davon bereits in die Zeit der Hausmeier fällt, kann höchstens der erste Anfang vom Ende gewesen sein. Ueber die Freien, auch die ärmeren, die in keinem Senioriatsverhältnisse standen, hat noch Karl der Grosse den Heerbann in straffster Weise gehandhabt. Der grosse Umfang des Reiches und die Häufigkeit der Kriege können für die Auflösung der alten Heeresverfassung füglich erst seit der zweiten Hälfte des achten Jahrhunderts in das Gewicht fallen. Zur Zeit der Synode von Lestinnes hatte das Herrschaftsgebiet der Arnulfinger noch nicht die alte Ausdehnung des merowingischen Reiches erlangt. Unter Karl Martell mochte, trotz der zahlreichen Kriege, die er führte, der alte Heerbann in Bezug auf die Zahl der Streiter noch ausreichen. Unzulänglich wurde er in dieser Beziehung erst, nachdem die Masse der Freien so weit verarmt war, dass es an Exekutionsobjekten fehlte, um von den Ausbleibenden die Heerbannbusse einzutreiben. In ganz anderem Lichte erscheint die sogenannte Säkularisation, wenn wir voraussetzen, dass es den fränkischen Machthabern in erster Linie um die Schöpfung einer leistungs- [35]
fähigen Kavallerie zu thun war. Da der Kriegsdienst herkömmlich zu Fuss geleistet wurde, reichten die verfassungsmässigen Mittel der Staatsgewalt nicht aus, die erforderliche Reiterei durch Umformung der allgemeinen Heerpflicht zu schaffen. Weder Gesetzgebung noch Banngewalt vermochten den freien Bauer, der entweder kein Pferd besass oder seine Pferde vor den Pflug spannte und als Fussstreiter auszuziehen gewohnt war, in einen kampfgeübten Reiter zu verwandeln. Den Weg, auf dem das Ziel zu erreichen war, wies der Vorläufer der Vassallität, die berittene Gefolgschaft, das einzige wahrnehmbare Bindeglied zwischen der altgermanischen Reiterei und den karolingischen Reiterheeren. Die Not des Augenblicks, welche zu raschen Massregeln drängte, bewog die Hausmeier, das Gut der Kirche unmittelbar oder durch Vermittlung des Kirchenvorstehers in Anspruch zu nehmen. Die Kirchengüter wurden an fränkische Grosse als Benefizien oder Prekarien verliehen und verfielen dann einer weiteren Teilung, indem der Beliehene sie an kleine Vassallen vergab, welche so in die Lage versetzt wurden, sich reitermässig auszurüsten.

Den Zusammenhang, der zwischen der sogenannten Säcularisation und der Ausbildung des Reiterwesens obwaltet[1], bestätigt eine Stelle der Gesta abbatum Fontanellensium. Nachdem er von der Verschleuderung des Kirchengutes durch Abt Teutsindus berichtet hatte, bricht der Verfasser in allgemeine Klagen über die Kirchenräuber aus. Besser denn der Verlust der entfremdeten Kirchengüter wäre eine Brandstiftung gewesen, die das ganze Kloster in Asche legte. Leichter wäre ja die Wiederherstellung der Gebäude als der Rückerwerb der entzogenen Güter gelungen. Denn, fährt er
[36] fort: unde lumen ante aram Christi in aecclesia lucere solebat, inde armillae[2], baltei et calcares fabricantur necnon sellae equinae auro argentoque decorantur. Dass aus dem Gold und Silber der Altarleuchter Ehrenspangen, Wehrgehänge und Sporen gemacht und Pferdesättel verziert wurden, weist deutlich genug darauf hin, dass das vergabte Kirchengut für Zwecke des Reitertums verwendet wurde. Natürlich hatte der Chronist, der den Besitzern des Kirchengutes mit dem jüngsten Gerichte droht, ein naheliegendes Interesse, nur luxuriöse, nicht etwa unentbehrliche Verwendungszwecke anzuführen. Unter Karl Martell wird es sich weniger um goldene oder silberne Sporen und um Ornamente für Pferdesättel, als um Ross und Reiter überhaupt gehandelt haben. Es ist streitig, ob Teutsind seine Vergabungen freiwillig machte oder von oben her

---

[1] Schon Felix Dahn hat ihn vermutungsweise angedeutet Urgeschichte III 795: gerade das Bedürfnis, der zahlreichen leichten Reiterei der Araber schwere Reiter in erheblicher Zahl entgegenstellen zu können, ist vielleicht einer der Gründe gewesen, welche alsbald Karls Söhne zu der umfassenden Zwangsanleihe bei der Kirche nötigten. Arnold, Deutsche Geschichte II, 2, S. 90 über die Thatsache, dass die Reiterei zahlreicher wurde: Das muss ganz besonders mit dem Aufkommen des Lehndienstes im achten Jahrhundert geschehen sein.

[2] Bei den Römern war die armilla ein militärisches Ehrenzeichen der gemeinen Soldaten, welches als Armband getragen wurde. Dagegen ist in den fränkischen Quellen bei armillae an Bauge zu denken, wie sie die Gefolgsleute und Vassallen erhielten. Armillas grandi gemmarum pondere et auri empfängt Tassilo III. von Karl bei der Kommendation nach Hibernicus exul, Dümmler, Poetae latini II 399, v. 94. Armillas centum de rubro quippe metallo factas bietet Waltharius v. 613 dem König Gunther für den Frieden an. Im angelsächsischen Bruchstück von Valdere sind es Bauge. Hiltgund sagt daselbst von Gunther: forsôc he . . . beága mænigo, zurückwies er die Menge der Bauge. Für die Sitte Bauge zu schenken ein Beispiel von 813 in meiner RG. I 140 Anm. 25.

gezwungen wurde. Möglich wäre es immerhin, dass es unter Karl Martell weitblickende Prälaten gab, welche sich, wenn nicht im Interesse des Reiches, so doch im Interesse der Kirche klar machten, dass es am Ende besser sei, den dritten Teil des Kirchengutes zu vergaben und den Mönchen zu entziehen, als müssig abzuwarten, bis die Araber das Kloster verbrennen und der Herrschaft des Christentums ein Ende bereiten.

Den äusseren Anlass zur planmässigen Vermehrung der Reiterei bilden höchst wahrscheinlich die Einfälle der Araber. An eine erfolgreiche dauernde Abwehr dieses Feindes war nur zu denken, wenn zunächst in den gefährdeten Gebieten Neustriens und Burgunds eine zahlreiche und kampfbereite Reiterei zur Verfügung war. In den sieben Tagen vor der Schlacht von Poitiers hatte die Existenz des Reiches auf dem Spiele gestanden. Mit [37]
Fussvolk konnte etwa wie damals in vorsichtiger Defensive eine neue Feldschlacht gewonnen werden, wenn die Araber sie suchten. Einfälle, Plünderungen und Brandschatzungen zu verhüten, den Feind zu verfolgen, den kleinen Krieg in wirksamer Weise zu führen, bedurfte es einer starken Reiterei. Hatte sich, wie zu vermuten ist, in Aquitanien, weil der Anprall der Sarazenen es zuerst getroffen, das Reiterwesen schon früher entwickelt, so musste auch diese Thatsache auf das benachbarte Neustrien einwirken. Als sich dann die taktische Ueberlegenheit der fränkischen Reiterei über das fränkische Fussvolk herausstellte, suchte man dieses, soweit es möglich war, durch jene zu ersetzen.

Die Verbindung, die das Reitertum mit der Vassallität und mit dem Benefizialwesen einging, war keine derartige, dass die Pflicht des Reiterdienstes ein rechtliches Merkmal jener Institutionen gebildet hätte, deren rechtsgeschichtliche Wurzeln ja über den Zeitpunkt der Umwandlung des Heerwesens hinaufreichen. Das Benefizium als solches verpflichtete nicht zum Reiterdienst. Es gab Vassallen, die der Herr, wenn er ins Feld zog, zum Schutz der Seinen und seines Besitztums zurückliess. Und ebenso kam es ohne Zweifel vor, dass etwa ein Vassall in Ermangelung eines Pferdes zu Fuss ausrückte. Doch wurde es durch den natürlichen Zug der Verhältnisse die Regel, ein Benefizium nur demjenigen zu geben, der Vassall wurde, und den Reiterdienst von jedem Vassallen zu verlangen, den man als Reiter ausrüsten konnte oder mit einem Benefizium ausgestattet hatte, welches ihm den Rossdienst ermöglichte.

Roth führt die Entstehung des Lehnwesens auf eine plötzliche, mit vollem Bewusstsein von oben her durchgeführte legislative Aenderung der Reichsverfassung zurück, welche die Söhne Karl Martells gleichzeitig mit der Säkularisation des Kirchengutes und mit Hilfe derselben bewerkstelligt hätten. Diese Ansicht ist von Waitz und anderen m. E. mit Recht bekämpft worden. Nichtsdestoweniger hat die Plötzlichkeit, mit der die Vassallität und das Benefizialwesen um sich greifen, etwas Ueberraschendes, so dass man den Gedanken einer planmässigen Veränderung nicht schlechthin von sich weisen möchte. Die Erscheinung findet ihre Er-
[38] klärung in dem Bedürfnis, durch Vermittlung der Vassallität und des Benefizialwesens gegen die Araber berittene Streitkräfte zu schaffen, welche der alte Heerbann nicht oder doch nicht in ausreichendem Masse zu liefern vermochte. Die Anfänge der Veränderung reichen in das letzte Jahrzehnt Karl Martells hinauf. Er war es auch, der zuerst die Besitztümer der neustrischen Kirchen zur Umgestaltung des Heerwesens verwendete. Muss er dafür nach der Versicherung der westfränkischen Geistlichkeit[1] im Jenseits ewige Strafen erdulden, so ist es zugleich der Nachwelt ein ewig denkwürdiges Zeugnis klerikaler Dankbarkeit, dass die romanisch-katholische Ueberlieferung Leib und Seele des germanischen Helden, der das Abendland und die Kirche vor den Sarazenen errettete und die Keime des christlichen Rittertums schuf, in den brennenden Höllenschwefel versenkte.

---

[1] In der Epistola Carisiaca von 858, welche Hinkmar von Rheims verfasst hatte. Sie steht bei Baluze, Capit. II 102 und bei Walter, Corp. iur. germ. III 85. [Cap. ed. Boretius et Krause II 433.] Vgl. Roth, Benefizialwesen S. 328 f.

III.

Zur Geschichte des Gefolgswesens.

[Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1888, germ. Abt. IX 210 ff.]

1. Die Antrustionen und der Hausmeier.

Ueber die heilige Aldegunde, Aebtissin von Maubeuge, welche [210] c. 684 starb, besitzen wir vier zu verschiedener Zeit verfasste Heiligenleben. Das älteste stammt noch aus dem siebenten Jahrhundert, da der Verfasser, wie Mabillon bemerkt, als Zeitgenosse berichtet. Es steht bei Mabillon, Acta Sanctorum ordinis S. Benedicti, saec. II^1, p. 807 ff. Der Eingang der Vita bemerkt, dass die Heilige von sehr vornehmer Abkunft sei. Quapropter propinquitatem ipsius strictim breviterque praenotavimus, ut sequens generatio dubitationis otio vacaret. Venerabilem genitorem eius Waldebertum meminimus et genitricem eius Bertilanem ... Dann folgt der nachstehende höchst merkwürdige Satz:

> Duorum quoque avunculorum eius Gundelandi et Landrici nomina praefiximus, qui primatum pugnae istius regionis tenuisse memorantur, quos Graeci scholares, nos quoque bellatores vocamus.

Schon Waitz hat die Stelle Verfassungsgeschichte II^3, 2, S. 213, Anm. 3 hervorgehoben, ohne etwas anderes zu bemerken, als dass sie eigentümlich sei. Der vorliegende Text bedarf jedenfalls einer kleinen Emendation. Das Wort regionis gibt keinen Sinn. In dem, was vorausgeht, findet sich keinerlei Ortsangabe, auf welche die Wendung istius regionis gedeutet werden könnte. Auch fehlt ein geeignetes Beziehungswort für den Relativsatz: quos ... vocamus. Denn unmöglich kann gemeint sein, dass Gundeland und Landrich diejenigen waren, welche die Griechen scholares, die Franken bellatores nannten. Statt regionis ist legionis zu lesen, ein Schreib- oder Lesefehler, der bei merowingischer Kursivschrift allerdings befremdet. Gundeland und Landrich hatten die Heerführung über jene Legion, welche die Griechen scholares, die Franken bellatores nannten. Verweilen wir zunächst bei den

scholares, über welche Du Cange, Glossarium VI 111, Gotho-
[211] fred zu den im Glossarium nomicum s. v. schola und scholares verzeichneten Stellen des Codex Theodosianus und zu Nov. Theod. 29, sowie Constantinus Porphyrogenitus, De cerim. I, 86. 93 verglichen werden mögen. Die byzantinischen scholares definiert Du Cange als diejenigen, qui in scholis palatinis militabant et in aula imperatoris custodiam excubabant. Es gab scholae gentilium und scholae scutariorum, wie die Hof- und Palasttruppen, die byzantinischen Prätorianer, hiessen. Als schola wurde aber seit dem vierten Jahrhundert auch die Nobelgarde der spätrömischen Kaiser, das Corps der protectores domestici, bezeichnet. Ammian 14, 7, 9; 26, 5, 3. Cod. Theod. VI, 24, 1. 3; VI, 25, 1. Cod. Iust. II, 7, 25, § 3; XII, 17, 2 (primicerius domesticorum et protectorum utriusque scholae). Noch Corippus nennt De laudibus Iustini minoris III, v. 158 ff., wo er von den scholae palatii spricht, den numerus protectorum und IV, v. 230 ff. neben der Palastwache die protectorum phalanges. Die protectores domestici (vgl. darüber unten S. 84 ff.) erscheinen unter dem Namen domestici im ostgotischen Reiche.

Am Hofe des merowingischen Königtums war selbstverständlich kein Raum vorhanden für barbarische Söldner, die nach dem Muster der byzantinischen gentiles und scutarii als Hoftruppen gemietet worden wären. Den persönlichen Schutz des germanischen Königs versahen die Gefolgsgenossen. Illum (principem) defendere, tueri . . praecipuum sacramentum est, sagt schon Tacitus Germ. c. 14 von den comites des germanischen princeps. Die Gefolgsgenossen des merowingischen Königs hiessen bekanntlich antrustiones. Sie können ihren Namen nicht von der trustis haben, die sie vom König empfangen, sondern nur von der trustis, die sie dem König zu leisten verpflichtet sind. Denn der Antrustio schwört dem König bei der Aufnahme in den Königsdienst trustem et fidelitatem (Marculf I, 18). Trustis ist wörtlich protectio, adiutorium. Die Antrustionen entsprechen also dem Wortsinne nach genau den römischen protectores. Vielleicht ist das Wort in Anlehnung an den römischen Ausdruck gewählt worden, wie ja andrerseits das Seitenstück des fränkischen Antrustio, der vandalische und westgotische gardingus (von gards, domus), ebenso genau dem römischen domesticus entspricht und das arabische Analogon der protectores 'a ʿwân (adiutores) genannt wurde.

Die fränkische Legion oder Schar, welche in der Vita Aldegundis mit den griechischen scholares verglichen wird, kann nur aus den Antrustionen erklärt werden. Scheint man doch im Frankenreiche das Wort schola in merowingischer Zeit für die Antrustionen, in karolingischer für die als Leibgarde des Königs dienenden Vassallen gebraucht zu haben. Denn es wird gelegentlich in einem Zusammenhange verwendet, in dem es unmöglich eine dem Unterrichte gewidmete Schule bedeuten kann. Durch die Beziehung auf die Antrustionen würden sich die merowingischen Münzen mit der [212]
Aufschrift escolare mon. oder in schola fit (Waitz, VG. II, 2, S. 312) weit ungezwungener erklären als durch den Hinweis auf eine Hofschule[1]. Und bei Fortunat VII, 4, wo es von Gogo, dem Majordomus, heisst: cui schola congrediens plaudit amore sequax, wird es mir schwer, mir den mächtigen Gogo als Schulvorstand zu denken, den die Schulknaben mit Beifallklatschen empfangen. Noch die Vita Hadriani scheidet in c. 36 streng die militärischen scholae und die des Lernens beflissenen pueri, wenn sie erzählt, dass der Papst Karl dem Grossen entgegengeschickt habe: universas scholas militiae una cum patronis simulque et pueris, qui ad discendas literas pergebant. Auch die militares viri vel scholares aulae, welche am Hofe Karls des Grossen laut Monachus Sangallensis I, 11, SS. II 736 nach den Grafen und proceres, aber vor den magistri officiorum ihre Speisestunde hatten, werden nicht als eine aus den Vassallen und aus den Schulknaben kombinierte Tischgesellschaft aufzufassen sein, sondern die scholares sind eben die genannten viri militares, die am Hofe als Leibgarde des Königs dienenden Vassallen. Schliesslich müsste König Desiderius recht schwache Augen gehabt haben, als er bei dem Herannahen der fränkischen scola, die niemals Ferien hat (vacationis semper ignara), bestürzt

[1] [Maurice Prou, Introduction au catalogue des monnaies Mérovingiennes de la bibliothèque nationale, Paris 1892, S. 50, verzeichnet die Münzlegenden: scolare, escolare, iscolari, in escola fiit, in scola fit, palati mon(eta) escolare, isca re i. In der Silbe re, ri sieht er eine Abkürzung für regia, rigia, so dass zu lesen ist: scola regia, iscola rigia, iscola regia fit (für isca re i). Was die Erklärung der Legenden betrifft, so denkt M. Prou zunächst an eine Hofschule, doch hält er auch die Hypothese für zulässig, dass unter der schola die Gesamtheit aller Funktionäre des Königshofes zu verstehen sei. Die Thatsache, dass der Stil der Münzen auf örtlich verschiedene Prägstätten (Paris, Chalons, Amiens, östliches Gallien) hinweist, würde sich m. E. aus dem Wandern des Königshofes erklären.]

(stupefactus) den Otgar fragte: iste est Karolus (Monachus Sangall. II, 17), falls wir voraussetzen, dass diese scola, welche gegen die Langobarden ins Feld zog, aus Schülern bestand, die Karl im Lesen und Schreiben und in andern Wissenschaften unterrichten liess.

Aus der Vita erfahren wir, dass die scholares des fränkischen Königs bei den Franken bellatores hiessen. Das ist natürlich Uebersetzung eines deutschen Wortes. Der Ausdruck Antrustionen scheint nicht sehr üblich gewesen zu sein. Schriftsteller und Urkunden brauchen ihn niemals. Die Lex Salica umschreibt ihn meistens durch: qui in truste dominica est. Aehnlich die Lex Ribuaria. Im Beowulf und in den angelsächsischen Gesetzen heissen die Gefolgsleute thegnas. Thegn., ahd. degan, ist Held, Knecht und Kind (Grimm, RA. S. 944). In altdeutschen Glossen wird es zu miles, einmal zu defensor gestellt, was auf die entwickelte Bedeutung von antrustio hinausläuft. Swertdegen für satelles bei Graff, Sprachschatz V 121. Auf Grund des lateinischen bellatores dürfen wir daher die Vermutung wagen, dass die kriegerischen Gefolgsleute bei den Franken wie anderwärts[1] Degen genannt wurden.

Ueber die in der Vita genannten Führer der Antrustionen Gundeland und Landrich fehlt es nicht an anderweitigen Nachrichten. Gundeland war Majordomus unter Chlothar II. und Dagobert I. Von ihm sagt die zweite Vita der heiligen Aldegunde (AA. SS. 30. Januar, II 1036): Gundelandus maioris domatus dignitatem administrans exercuit. Vgl. Gesta Francorum c. 41, Bouquet II 567 [Liber hist. Franc. c. 40, SS. rerum Meroving.
[213] II 311]: erat eo tempore post Landericum Gundelandus nobilis maior domus in aula regis vir egregius atque industrius. Einige Handschriften lesen allerdings Godolandus, Gundoaldus, Gundobaldus. Dass aber Gundelandus die richtige Form ist und nicht etwa, wie Schöne, Die Amtsgewalt der fränkischen maiores domus, 1856 meint, ein Gundoald und ein Gundeland nacheinander Hausmeier waren, zeigen die Varianten zu Gesta c. 42, Bouquet II 568, Fredegar c. 45 zum Jahre 617, die Fragmenta Erchanberti, Bou-

---

[1] [Vgl. Hildebrandslied, Vers 18 f. bei Müllenhoff und Scherer, Denkmäler deutscher Poesie und Prosa aus dem achten bis zwölften Jahrhundert, 1873, S. 4: forn er ostâr giuueit (flôh er Ôtachres nîd) hina mit Theotrîhhe enti sînero degano filu.]

quet II 690 und zeigt das Chronicon Adonis l. c. II 669, welches Gundelands Tod zum Jahre 633 meldet[1]. Nicht so unbedingt sicher ist der andre Oheim der heiligen Aldegunde. Ein Landrich war Vorgänger Gundelands im neustrischen Dommajorat. Siehe Gesta c. 35. 36, Fredegar 25. 26, Adonis Chron. Bouquet II 668. Es ist derselbe, welchen die Sage mit Fredegundis Ehebruch treiben liess, derselbe, welcher nach Fredegar c. 25 (SS. rer. Merov. II 130 f.) als Majordomus Chlothars II. gegen Bertoald, den Hausmeier Theuderichs II., zu Felde zog. Nun nennt allerdings die älteste Vita den Landrich nach Gundeland, und die zweite sagt von Landrich nur, dass er vir strenuissimus et in bellicis rebus valde doctus war. Andrerseits kommt aber in Betracht, dass jene den beiden Oheimen der Heiligen gleiche Funktion zuteilt. Dass sie von Gundelands Majordomat nichts gewusst habe, ist kaum anzunehmen. Die Führung der Antrustionen erscheint ihr als eine so angesehene und hervorragende Stellung, dass sie damit das Amt der beiden Oheime genügend bezeichnet zu haben glaubt. Vermutlich war die vorhandene Legende über das ehebrecherische Verhältnis Landrichs zu Fredegunde der Grund, weshalb die ältere Vita den Landrich in die zweite Linie stellte, die zweite Vita nur den Gundeland als Hausmeier nannte. Mit einem so sündhaften Onkel war natürlich in einem Heiligenleben wenig Staat zu machen, wenn man ihn allzu deutlich bezeichnete. Dass der Hausmeier Führer der Antrustionen war, geht bei richtiger Auffassung des Wortes scola auch aus der oben angeführten Stelle des Fortunat hervor.

Durch die gewonnene Thatsache wird die Entwickelung des fränkischen Hausmeieramtes erst verständlich. Schon Eichhorn hat RG. I 179 den Hausmeier für den Befehlshaber über das fränkische Dienstgefolge erklärt. Da er keinerlei Beweis für diese Ansicht anführen konnte, ist sie allgemein aufgegeben worden. Die interpretierte Stelle der Vita Aldegundis bringt Eichhorns Meinung hoffentlich wieder zu Ehren.

---

[1] [Die Form Gundolandus (Gundelandus in Fredegar IV 45, p. 144) hat Krusch in den Text des Liber hist. Franc. c. 40. 42 aufgenommen.]

2. Die fränkischen Gasindi und die sogenannte Säkularisation des Kirchengutes.

Die Formel 44 der Formelsammlung von Flavigny, Zeumer, Formulae S. 481, enthält ein bischöfliches Privilegium, durch welches
[314] ein Kloster von der bischöflichen Gewalt gefreit wird. Da in der Formel ein domnus rex Burgundie erwähnt wird, sprach Zeumer im Neuen Archiv VI 68 die Vermutung aus, dass die Formel nach 879 entstanden sei, ebenso wie die ihr vorausgehende Formel nr. 43, worin der domnus, quem ... Deus regnum Borgundiae gubernare permiserit, beschworen wird, für die Aufrechthaltung der Stiftung einzutreten. Allein Zeumer hat diese Ansicht in seiner Ausgabe der Formeln S. 470, und zwar mit Recht, zurückgenommen. Denn Formel nr. 43 ist fast wörtlich einer Urkunde des Abtes Widerad, Pardessus, Dipl. II 399 ff., nr. 587 entlehnt, welche vom 27. Mai 719 stammt. Die Urkunde Widerads enthält aber bereits den massgebenden Passus mit dem domnus cui ... Deus regnum Burgundiae gubernare permiserit. Aus dieser Wendung ist der rex Burgundiae in der verwandten Formel nr. 44 hervorgegangen. Es kommt hinzu, dass Flavigny, wo die Formel entstand, nach 879 zu keinem der beiden burgundischen Königreiche, sondern zum burgundischen Dukat gehörte, dass der Kodex, in welchem die Formelsammlung überliefert ist, kein Stück enthält, welches über das Todesjahr Karls des Grossen herabreicht, und dass die Sprache der Formeln mehr dem achten als dem neunten Jahrhundert entspricht. Zeumer kommt zu dem Schlusse, dass die Collectio Flaviniacensis noch im achten Jahrhundert verfasst worden sei.

Meines Erachtens folgt aus einem Passus der Formel 44, welcher eine hervorragende und bisher nicht ausgenutzte Bedeutung für die fränkische Verfassungsgeschichte besitzt, dass die Formel noch unter Karl Martell entstanden sei. Der privilegierende Bischof sagt:

> .. nobis iam dicto domno glorioso regi illi oportunum est petire, ut privilegium monachis ibidem habitantibus deberimus largire, ob hoc maxime, quia solet contingere, ut morientibus religiosis episcopis pastoralem locum suscipiant seculares et rebus que pauperibus fuerunt condonatae, maius per gasindus quam per sacerdotes

dispergatur, et ecclesiastica vita neclecta, conlata bonorum magis per venatores et canis et, quod est gravius, per meretrices expendantur, vel relegionis norma distructa, levitate laicorum secularia iniuste consentiantur et per eorum iniqua consilia monacorum vita conturbare presumant.

Der Bischof, der als Aussteller der Urkunde gedacht ist, freit das Kloster von der bischöflichen Gewalt hauptsächlich deshalb, weil es zu geschehen pflegt, dass nach dem Tode der episcopi religiosi Weltliche den Bischofsitz erhalten. Man wird von vornherein zugeben, dass dies im Frankenreiche nicht der regelmässige Zustand war. Die Stelle weist vielmehr auf jene Ausnahmeverhältnisse hin, wie sie nachweislich unter Karl Martell in der fränkischen Kirche eingerissen waren. Roth, Waitz, Breysig, Ribbeck stimmen darin überein, dass Karl Martell eine Reihe von [215]
Bistümern in Laienhände brachte. So sagt Waitz, VG. III 13 von den Männern, welchen Karl Martell die Bischofstellen gab: „Diese gehören nicht dem geistlichen Stande an; sie befleissigen sich auch jetzt nicht, wie es doch früher üblich war, wenn ein hoher Weltlicher ein Bistum übernahm, eines gewissen geistlichen Wandels, sondern sie setzen durchaus das alte kriegerische Leben fort. Nur auf die weltlichen Rechte und Besitzungen, welche mit dem Bistum . . . verbunden waren, wird gesehen; diese dienen den Freunden und Anhängern Karls zur Belohnung, und in ihren Händen sind sie zugleich eine Stütze seiner Herrschaft.“ Am schärfsten hat Ribbeck, Die sogenannte Divisio des fränkischen Kirchengutes in ihrem Verlaufe unter Karl Martell und seinen Söhnen, 1883 die Stellung der sogenannten Laienbischöfe im Gegensatz zu den geistlichen, d. h. kanonischen Bischöfen (den episcopi religiosi) präzisiert. Auf ihn sei hinsichtlich der Belege hier schlechtweg verwiesen. Bekanntlich ist eine Veränderung jenes Gebarens zum Teil auf Antrieb des heiligen Bonifatius unter den Söhnen Karl Martells eingetreten. Noch im Jahre 752 schrieb Bonifatius an Papst Zacharias: modo autem maxima ex parte per civitates episcopales sedes traditae sunt laicis cupidis ad possidendum vel adulteratis clericis, scortatoribus et publicanis seculariter ad perfruendum. Dagegen sagt Karlmann schon in seinem Kapitular von 742, Cap. I 25, c. 1: et per consilium sacerdotum et optimatum meorum ordinavimus per civitates episcopos. Und Pippin in dem Cap. Suession.

von 744, Cap. I 29, c. 3: constituimus per consilio sacerdotum et optimatum meorum et ordinavimus per civitates legitimos episcopos. Von den Massregeln, welche Karl Martell ergriff, um seine Getreuen in den Genuss von Ländereien zu setzen, wurde insbesondere auch Burgund betroffen. Auf das Jahr 733 bezieht sich die Nachricht der Cont. Fredeg. c. 109 [SS. rer. Meroving. II 175], dass Karl Martell pace patrata Lugduno Gallia (Waitz III 18 Anm.: das heisst wohl das Lugdunensische Gallien) suis fidelibus tradidit. Als er 736 Burgund wieder unterworfen hatte: usque Marsiliensem urbem vel Arlatum suis iudicibus constituit. Für den Mangel an gesetzlichen Bischöfen in Burgund haben wir das Zeugnis des Chronicon Adonis, SS. II 319: vastata et dissipata Viennensis et Lugdunensis provincia aliquot annis sine episcopis utraque ecclesia fuit, laicis sacrilege et barbare res sacras ecclesiarum obtinentibus. Eine Anspielung auf den Mangel an Bischöfen enthält auch die Urkunde Abbos für Novalese von 726, Pardessus, Dipl. II 479, nr. 86: et adde esse (addere) placuit, quod esse non deberet, frageletate temporum si episcopus in terretorio ipsius civitatis meneme repertus fuerit, tunc licenciam abiat ipse abbas . . pro sagris ordinebus alium episcopum ex comprovincialebus in Dei amore devinum repertum ad ipso convocare cenubio[1].
[216] Die Formel von Flavigny muss sonach einer Zeit angehören, da es zwar noch einen Bischof von Autun gab (zu dessen Diözese Flavigny gehörte), da aber dieser Bischof bereits befürchten musste, dass sein Bistum nach seinem Tode gleich andern Bistümern in Laienhände fallen werde. Formel 44 ist daher zwischen 719 — ein terminus a quo, der sich aus Formel 43 ergibt — und 742 entstanden, wahrscheinlich nach 721 (vgl. Formel 8) und nicht nach 737, da die ganze Formelsammlung das Vorhandensein eines fränkischen Königs vorauszusetzen scheint (vgl. f. 43. 44. 117 a, b, c und die aus Marculf entlehnten cartae regales).

Beachtenswert ist unsre Formel auch hinsichtlich der Verwendung, welche die Kirchengüter finden. Die Stelle: et rebus, que pauperibus fuerunt condonatae, maius per gasindus quam per sacerdotes dispergatur, ist dahin zu verstehen, dass von den Laienbischöfen das Kirchengut mehr für die Gasindi als für die Sacer-

---

[1] In der Formel 44 der Coll. Flavin. heisst es: quemcumque de religiosis episcopis abbas ipse vel monachi sibi voluerint invocare . .

dotes verwendet wird. Per steht nicht im Sinne von durch, sondern im Sinne von für, wie dies aus den folgenden Worten: conlata bonorum magis per .. canis .. expendantur, deutlich zu ersehen ist. Die Verwendung des der Kirche entfremdeten Gutes für Zwecke der Jagd wird auch in andern Quellen hervorgehoben. So sagen die Gesta abbatum Fontanellensium von dem unter Teutsind an Laien vergabten Gute der Kirche von S. Wandrille: nam unde milites Christi alimoniam consequebantur, inde nunc pastus exhibetur canibus. Von dem Abte Wido erzählt dieselbe Quelle, dass er stets das Kriegskleid trug und zur Jagd zahlreiche Hunde hielt. Wichtiger sind uns die Gasindi, welche statt der Priester das Kirchengut geniessen.

Es ist bekanntlich eine Streitfrage, ob die Vassallität aus dem germanischen Gefolgswesen oder aus davon unabhängigen Schutzverhältnissen etwa gallisch-romanischen Ursprungs hervorgegangen sei. Die Formel von Flavigny fällt ganz bedeutsam für die erstgedachte Ansicht in die Wagschale. Mit Waitz, Vassallität S. 89 halte ich dafür, dass es regelmässig Vassallen waren, welche Benefizien erhielten. Die Beispiele von vassallitischen Benefizien gehen bis in die erste Hälfte des achten Jahrhunderts hinauf. Pardessus, Dipl. II, nr. 544, S. 357, v. J. 728: vel ad vassos nostros beneficiatum habui. Martene et Durand, Collectio I 41: Ardingus ille Alemannus .. ad Hinniberto suo vasso hoc beneficiavit (bald nach 739). In Band VIII dieser Zeitschrift [oben S. 66 ff.] ist ausgeführt worden, dass die Eingriffe, welche die Karolinger sich in das Kirchengut erlaubten, den Zweck hatten, durch Landvergabung reitermässig ausgerüstete Streitkräfte zu gewinnen, sowie dass die fränkischen Reiterheere vorzugsweise aus Vassallen bestanden. Im neunten Jahrhundert wird wenigstens in Italien der Ausdruck gasindius für den Vassallen gebraucht. Pertz, LL. I 434, c. 4; vgl. Waitz, VG. IV 243, Anm. 2. Bei den Franken werden die Gasindi nur vereinzelt erwähnt. So in den Urkunden Pertz, Dipl. M. nr. 4. 9. 50, bei Marculf I, 23. 24. 32, II, 36. [217]
Die Urkunde Mühlbacher, Reg. nr. 74 vom Jahre 751 nennt einen gasindus Pippins, der ein Benefizium besessen hatte. Einen gasindus des Herzogs Eudo von Aquitanien kennen die Miracula S. Austregiseli, AA. SS. 20. Mai, V 234. Von Gasinden Karls des Grossen spricht die epistola Hadriani, Cod. Carol. 97. Auf diese Fundstellen fällt durch unsre Formel neues Licht. Denn

wenn es die Gasinden sind, an welche in der für die Entstehung des Benefizialwesens massgebenden Epoche die Kirchengüter vergabt werden, so müssen die Gasinden wenigstens in der Hauptsache mit den Vassallen identisch sein. Dass aber die fränkischen Gasinden Gefolgsleute waren, ergibt die ursprüngliche Stellung der angelsächsischen gesíðas und ergibt die Vergleichung mit den langobardischen gasindiones. Wie einst die Antrustionen, lebten auch die Gasinden nicht alle im Hause des Herrn; es gab Gasinden, welche durch Landverleihung abgeschichtet waren. Sie müssen seit der systematischen Vergabung der Kirchengüter die Mehrzahl gebildet haben. Eine Zeit lang wurde das Wort promiscue mit dem aus dem Keltischen stammenden Ausdruck vassus, Diener, verwendet, der es schliesslich vollständig verdrängte. Die unmittelbare Anknüpfung der Vassallen an die Antrustionen ist abzulehnen. Die Antrustionen waren im achten Jahrhundert durch Abschichtung wohl schon über das Gefolgswesen hinausgewachsen und zu einem Stande von Grundbesitzern geworden. Gleich den angelsächsischen thegnas stellen sich die fränkischen Gasinden oder Vassen als eine jüngere Schicht der Gefolgschaft dar, [wie ich in meiner Deutschen Rechtsgeschichte II 258 auszuführen versuchte].

3. Die römischen Protectores.

Ueber die römischen Protectores, von welchen oben S. 76 die Rede war, hat Mommsen, Die Protectores Augusti in den Observationes epigraphicae nr. 35, Ephemeris V, eingehend und mit gewohntem Scharfsinn gehandelt. Ich glaube seine Ausführungen aus byzantinischen Quellen und aus spätrömischen Urkunden ergänzen zu können.

Neben den Protectores nennen die Quellen auch Protectores domestici und Domestici schlechtweg, ohne dass bislang klar ist, ob und wie diese Bezeichnungen zu unterscheiden seien. Meines Erachtens hält der genaue amtliche Sprachgebrauch Protectores und Protectores domestici auseinander. Mit andern Worten: es gibt Protectores, welche das Prädikat domestici haben, und solche, welchen es offiziell nicht gebührt.

Constantinus Porphyrogenitus schildert De cerimoniis I 86, wie man zum Protektor und zum Domesticus ernannt wird. Einst habe man durch den blossen Akt der adoratio (προςκύνησις) diese

Würden erlangt. Jetzt sei es Sitte, dass der Kaiser im Konsistorium oder im Cirkus den Protektor kreiert, indem er ihn anredet: ἀδοράτορ προτέκτορ, den protector domesticus aber durch die Ansprache: ἀδοράτορ προτέκτορ δομεστίκους. Der Ernannte nimmt das Ernennungspatent entgegen, küsst dem Kaiser die Füsse und geht ab. [218]

Das adorare purpuram, die der orientalischen Sitte entsprechende Begrüssung des Kaisers, ist ein Vorrecht[1] der Protektoren. Die Notitia dignitatum sagt von dem princeps officii, der nach vollendeter Dienstzeit als Protektor entlassen wird: adoret protector (über diese Emendation Mommsen a. O. S. 134). In Marini, Pap. dipl. nr. 91 findet sich die Zeugenunterschrift: Th. adorator numeri Theodosiaci, in Marini nr. 122 v. J. 591 wird ein Grundstück verkauft Iohanni viro clarissimo adoratori numeri felicum Ravennatium. Adorator bezeichnet hier den Protektor. Und zwar sind Protectores gemeint, die zu einem bestimmten Truppenteil (numerus) deputiert sind, wie in den von Mommsen S. 138 angeführten Inschriften, in Marini nr. 109 und in Marini nr. 110, wo zweimal ein vir clarissimus domesticus numeri felicum Let(orum) genannt wird.

Die Unterscheidung zwischen Protectores und Protectores domestici findet ihre Bestätigung durch einige Konstitutionen des Cod. Theod. VI, 24. Codex Theodosianus, l. c. const. 8 gewährt den Domestici gewisse Ehrenrechte, const. 9 gibt den Protectores dieselben Rechte, die kürzlich den Protectores domestici verliehen worden seien. Const. 5 von 393 regelt eine Frage der Anciennität für die Domestici, const. 6 von 395 dehnt dies auf die Protectores aus. Const. 8 cit. sagt von den Domestici: qui nobis, ut indicio nominis apparet, familiarius militant, const. 9 von den Protectores: qui armatam militiam subeuntes non solum defendendi corporis sui verum etiam protegendi lateris nostri sollicitudinem patiuntur, unde etiam protectorum nomen sortiti sunt, woraus hervorgeht, dass der Dienst der Protectores minder familiaris ist als der der Domestici. Domesticus, auch schlechtweg für familiaris gebraucht, bedeutet den Hausgenossen. Vermutlich sind die Pro-

---

[1] [Allerdings kein ausschliessliches, da es auch die über ihnen stehenden Rangklassen haben. Vgl. Karlowa, Die Rangklassen des Ordo salutationis sportularumque provinciae Numidiae, Neue Heidelberger Jahrbücher I 167.]

tectores domestici solche Protectores, welche im kaiserlichen Palaste wohnen, [wenn sie nicht in auswärtigem Dienste beschäftigt sind]. Jene, bei welchen das Merkmal der Hausgenossenschaft fehlt, heissen Protectores schlechtweg. Erstere werden auch einfach Domestici genannt, ein Sprachgebrauch, der freilich insofern ungenau ist, als Domesticus auch in andrer Anwendung vorkommt.

Unter Justin und Justinian und bei den Ostgoten zerfielen die Protectores in eine schola equitum und in eine schola peditum. Später scheint es nur equites gegeben zu haben, da die Domestici als ἱππεῖς erklärt werden (vgl. die bei Du Cange, Gloss. II 903 col. b angeführten Stellen). [Bei Lydus, De magistratibus I, 46 findet sich die Bemerkung: primoscutarii, qui nunc protectores dicuntur.]

Die Vermutung, dass das germanische Gefolgswesen auf die Entstehung und Ausgestaltung des Instituts der Protectores domestici
[219] eingewirkt habe, findet in der dargelegten Unterscheidung eine Stütze, da die Protectores domestici den Gefolgsleuten im Hause des Herrn, die Protectores schlechtweg den ausquartierten oder abgeschichteten Gefolgsleuten entsprechen.

[Karlowa, Ordo salutationis a. O. S. 168, Anm. 1 unterscheidet mit Rücksicht auf Cod. Theod. VI, 24, 1 domestici praesentales, das heisst die am kaiserlichen Hoflager verweilenden domestici und solche, die nicht in praesenti sunt, nämlich nicht am Hoflager, sondern an andern Orten stationiert sind. Zu den praesentales rechnet er die deputati, welche in Cod. Theod. VI, 24, 5 und in der Notitia dignitatum genannt sind. Daraus will er ein Argument gegen meine Erklärung der domestici aus der Hausgenossenschaft und gegen meine Vermutung über die Möglichkeit einer Einwirkung des germanischen Gefolgswesens gewinnen. Allein die Unterscheidung der domestici deputati von den domestici, die nicht in praesenti sunt, kann ich aus dem Codex Theodosianus nicht herauslesen. Const. 1 cit. unterscheidet die domestici iussi in praesenti esse und solche, die in praesenti esse voluerint, aber ad pleromos (so emendiert Gothofred, also numeros) suos ac terminos zurückzukehren geheissen werden. Die deputati wird man kaum zu den iussi in praesenti esse rechnen dürfen. Const. 5 lässt nur Raum für zwei Arten von domestici, jene, die nostris obsequiis inhaerent, und jene, welche certis quibusque officiis deputati publicas exequuntur iussiones. Alle andern sollen aus der Liste der domestici

gestrichen werden. Unter ersteren auch diejenigen zu verstehen, die ausserhalb des Hoflagers stationiert sind, geht füglich nicht an. Man kann diese daher nur unter den deputati unterbringen. Aber auch wenn Karlowas Unterscheidung begründet wäre, käme sie für den Ursprung der domestici und für die Anfänge der Institution nicht in Betracht. Auch würde sie sich mit meiner Theorie der Hausgenossenschaft nicht schlechter vertragen als mit dem Ergebnis Karlowas, dass die domestici den regelmässigen unmittelbaren Dienst um die Person des Kaisers hatten, ein Merkmal, das sie übrigens nicht genügend von den protectores abhebt, da die „sollicitudo protegendi lateris nostri“ doch wohl auch ein unmittelbarer Dienst um die Person des Kaisers ist.]

Zweite Abteilung.

Zur Geschichte des Prozessrechtes.

IV.

Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit.

[Sitzungsberichte der phil.-hist. Klasse der Wiener Akademie 1865, LI 345 ff.]

1. Einleitung.

[5=345] Die Rechte aller Völker, deren Recht überhaupt eine Geschichte hat, zeigen in ihren Anfängen eine auffallende Schroffheit und Härte, die sich zumal in der unbedingten Herrschaft der Form offenbart. Erklärt wird diese Erscheinung durch den Umstand, dass das Recht in der Zeit seiner ersten Entwickelung der schützenden Hülle des Formalismus benötigt zum Kampfe gegen die Idee der Billigkeit, welche, zu frühe in den Rechtsorganismus eindringend, einen zersetzenden Einfluss übt. Erst dann, wenn die innere Struktur des Rechtes eine festere geworden, beginnt es die Rinde des Formalismus abzustreifen und vermag das *ius strictum* gefahrlos das *ius aequum* in sich aufzunehmen.

Auch das altdeutsche Recht zeichnet sich durch strengen Absolutismus der Form und spröde Rücksichtslosigkeit gegen die Individualität des einzelnen Rechtsfalles aus. Im materiellen Rechte findet dieser Charakter seinen Ausdruck in den Zahlformeln, in welchen sozusagen die Rechtsbegriffe sich fixierten, sofern fast sämtliche bekannte Rechtsverletzungen in bestimmten Busszahlen abgeschätzt waren. Seine eigentliche Heimat aber ist, wie dies in der Natur der Sache liegt, das Gebiet des Gerichtsverfahrens.

Die formale Gestaltung des altdeutschen Gerichtsverfahrens hängt auf das engste zusammen mit dem Verhandlungsprinzipe, auf das es basiert ist. Während im Untersuchungsprozess der weite Spielraum des richterlichen Ermessens die Form zur Nebensache herabdrückt, tritt im Verhandlungsverfahren, dessen Schwerpunkt in der selbständigen Thätigkeit der Partei liegt, an Stelle der richterlichen Autorität — soweit diese beschränkt ist — notwendigerweise die Herrschaft der Form. Eine kurze Skizzierung des altdeutschen Rechtsgangs[1] möge das Gesagte verdeutlichen.

Unmittelbarer Verkehr der Parteien zieht sich durch alle [6]
Stadien des Prozesses hindurch. Ohne Mitwirkung des Gerichtes ladet der Verletzte seinen Gegner zum Rechtsstreite; dafür ist aber diese Ladung eine formelle. Vor Gericht wendet sich der Kläger mit seinem Klagvorwurf nicht an den Richter, sondern an den Beklagten, allein er muss die Klagworte in förmlicher, feierlicher Weise beteuern. Nicht das Gericht, sondern der Kläger fordert den Beklagten zur Antwort auf, und zwar, indem er ihn tanganiert, d. h. unter Förmlichkeiten beschwört, sich über die Klage zu äussern. Dagegen wird das Verlangen an die Urteiler, zu sagen, was Rechtens sei, von der Partei in erster Linie formlos gestellt. Erst dann, wenn die Urteiler säumen, das Recht zu sprechen, werden sie als parteiisch wie die Partei förmlich aufgefordert, tanganiert.

Das Urteil geht dem Beweisverfahren voraus und ist daher zugleich Beweis- und Endurteil. Es bestimmt erstens, von wem, wie und wann bewiesen werden soll, und zweitens, was zu geschehen hat, wenn der Beweis gelingt oder misslingt. Diese „zweizüngige“ Form des Urteils wird ermöglicht durch das Prinzip, welches dem germanischen Beweisverfahren zu Grunde liegt. Im Gegensatz zum römischen Rechte, welches durch die Gliederung des Verfahrens *in iure* und *in iudicio* sich für ein freies Beweisrecht Luft verschaffte, hat das deutsche Recht das Verhandlungsprinzip auch auf das Beweisverfahren ausgedehnt. Die Partei beweist der Partei, nicht dem Gerichte. Nach Fällung des Urteils schliessen die Parteien mit Rücksicht auf dessen Inhalt einen Beweisvertrag und einen durch das Beweisergebnis bedingten Erfüllungsver-

---

[1] Zur Grundlage dient mir Siegels Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, auf die ich ein für allemal verweise.

[7] trag[1]. Der Beweispflichtige, in der Regel der Beklagte, verspricht den Beweis zu führen, eventuell den die Rechtsfrage entscheidenden Teil des Urteils zu erfüllen. Der Gegner des Beweisführers, in der Regel der Kläger, verspricht, den Beweis entgegenzunehmen und für den Fall des Gelingens — um bei der angenommenen Verteilung der Beweisrolle zu bleiben — den erhobenen Anspruch aufzugeben[2].

Wie im Verfahren vor dem Urteil die Aufforderung, welche die Partei an die Partei zu richten hat, um rechtswirksam zu sein, formell geschieht, so sind auch die Beweismittel, mit denen die Partei der Partei beweist, formeller Natur. Da nicht der Richter es ist, der die Beweiskraft der angewandten Beweismittel prüft, da selbstverständlicherweise diese Beurteilung nicht dem Gegner des Beweisführers überlassen werden kann, so müssen die Beweismittel selbst es sagen, ob oder ob nicht bewiesen worden ist. Die Beweismittel sind daher formaler Natur, Eid der Partei mit einer bestimmten Zahl von Eideshelfern, Eid der Wissenden, subsidiär ein Gottesurteil. Insgesamt sind sie derart beschaffen, dass ein Zweifel über den Ausgang des Beweisverfahrens sich nicht ergeben kann.

---

[1] Siegel a. O. S. 219 spricht von einem Beweis- und Befriedigungsgelöbnis. Da das Beweisversprechen von der Partei der Partei gegeben wird, da ein unmittelbarer Zwang zur Ablegung desselben nicht statt hat und die rechtliche Verbindlichkeit des freiwillig gegebenen Beweisversprechens selbstverständlich durch dessen Annahme von seiten der anderen Partei bedingt wird, glaube ich die Bezeichnungen Beweis- und Erfüllungsvertrag vorziehen zu müssen. Ob die Annahme des Versprechens von einem formellen Akte begleitet wurde oder nicht, ist für das Wesen der Sache ebenso gleichgültig wie die Frage, ob der Ablegung des Beweisversprechens durch den Beweispflichtigen eine Aufforderung des Gegners vorausgegangen sei, die somit die Annahme des Versprechens anticipiert hätte. (Vgl. Siegel a. O. S. 220, Anm. 3.) Ein Argument für das Vorkommen des Beweisvertrags bietet die Urkunde bei *Pérard, Pièces curieuses . . . . de Bourgogne* S. 35, nr. 18.

[2] Das Urteil der Schöffen (der „Schaffenden") ist nicht deklaratorischer, sondern konstitutiver Natur. — „Sie sollen nicht entscheiden, ob etwas so oder anders gewesen, sondern bloss und allein schaffen, was da werden soll." Siegel a. O. S. 148. Hieraus und nur hieraus erklärt sich, dass der Kläger, wenn er sachfällig wurde, mitunter zu einem *facere* verurteilt ist, z. B. dazu, dass er dem erhobenen Anspruch förmlich entsage, *ut se (per festucam) exitum dicat.* Würde das Urteil sagen, was Rechtens war, so wäre es widersinnig, vom Kläger zu verlangen, dass er einen Anspruch aufgebe, von dem entschieden worden, dass er ihn nicht habe.

Beweis- und Erfüllungsvertrag bedingen den Gang des Befriedigungsverfahrens. Wird Erfüllung geleistet, so schliesst ein Sicherheitsvertrag der Parteien den Rechtsstreit. War Erfüllung versprochen, aber nicht geleistet worden, so konnte gerichtliche Pfändung sie erzwingen. Hatte die Partei sich geweigert, Erfüllung des Urteils zu versprechen, so gab es keinen unmittelbaren Zwang, sondern es trat schliesslich Friedloslegung ein.

Es ist bekannt, wie in fränkischer Zeit das Prinzip der Selbstthätigkeit der Parteien und hiermit der Formalismus des Verfahrens Einbusse erlitt durch die im selben Verhältnis wachsende Autorität des Gerichtes. Am zähesten hielt sich das Beweisver- [8]
fahren. Die Beweismittel des deutschen Rechts waren zu sehr mit dem Verhandlungsprinzipe verwachsen, als dass eine wesentliche Annäherung an die Untersuchungsmaxime hätte Platz greifen können. Um dies durchzusetzen, musste man neue Beweismittel in den Prozess einführen, die nicht die formale Natur der alten hatten.

Ein neues Beweismittel bot sich in der geschriebenen Urkunde. Hatte eine der beiden Parteien sich auf eine Urkunde berufen und diese zugleich vorgewiesen, so liess das Gericht sie verlesen. Der Gegner konnte sie für falsch erklären. That er es nicht oder wurde die Echtheit des Inhalts erwiesen, so konnte auf Grund der in Verlesung der Urkunde liegenden *causae cognitio* ein einzüngiges Urteil gefällt werden. Im übrigen wird der Urkundenbeweis wie der Zeugenbeweis, also formal behandelt[1].

In schroffen Gegensatz zum Wesen des altdeutschen Beweissystems stellt sich ein Beweismittel, welches in karolingischer Zeit auftaucht und *inquisitio* genannt wird. Mit dieser Neuerung ist ein entschieden inquisitorisches Moment in den Prozess eingedrungen.

Bisher pflegte man die Eigentümlichkeiten des Inquisitionsbeweises auf den Zeugenbeweis zu übertragen und hat darum diesen missverstanden, jenen übersehen. Die Verwechslung liegt in der That nahe genug; denn wie der Zeugenbeweis wird auch der Inquisitionsbeweis durch Wissende erbracht. Hierzu kommt noch, dass die Sprache der Quellen die Ausdrücke *testis* und *inquisitio* in mannigfachen Bedeutungen gebraucht.

---

[1] Die Zeugen werden bekanntlich im Altdeutschen „Urkunden" genannt.

„*Testis*“ bezeichnet nicht nur den eigentlichen Zeugen (den Gezogenen) und den Gemeindezeugen, sondern mitunter auch den Eidhelfer und — worauf es hier am meisten ankommt — die Wissenden, deren Aussage die Grundlage des Inquisitionsbeweises bildet.

Noch schwankender sind die Ausdrücke *inquisitio* und *inquirere*. In unjuristischer Anwendung ist *inquirere* so viel wie fragen oder untersuchen im allgemeinen. Es würde zu weit führen, das Wort in den Quellen durch alle Schattierungen dieser Bedeutung zu verfolgen. Auch wenn wir uns auf das Gebiet des Gerichtsverfahrens beschränken, haben wir noch eine Reihe von Bedeutungen auszuscheiden, ehe wir zum Begriff der technischen Inquisitio gelangen.

[9] „*Inquisitio*“ verspricht die Partei im Rechtsstreite, wenn sie auf die Frage über die Beweise ihrer Behauptung nicht sofort zu antworten vermag und nähere Erkundigungen einholen zu müssen erklärt.

„*Inquisitio*“ heisst das Verhör, welches mit den Zeugen vorgenommen wird, ehe sie zum Zeugeneide zugelassen werden.

„*Inquisitio*“ wird die richterliche Thätigkeit im allgemeinen genannt, soweit sie auch von dem entfernt ist, was wir uns heutzutage unter inquirieren denken[1].

In so allgemeiner Bedeutung kann die *inquisitio* durchaus nicht als Ausfluss dessen betrachtet werden, was unsre heutige Prozesstheorie Inquisitionsprinzip nennt. Selbst wenn wir die schwankende Terminologie der Quellen durch diesen modernen Rahmen abgrenzen, haben wir eine weitere Scheidung vorzunehmen, ehe inquisitorische Thätigkeit des Gerichtes und „*vera inquisitio*“ zusammenfallen. Unberücksichtigt bleiben die Konsequenzen des sogenannten Inquisitionsprinzips, soweit man, über das Gebiet des eigentlichen Gerichtsverfahrens hinausgreifend, damit den Gegensatz zur absoluten Passivität des Staates bei Handhabung der Rechts-

[1] Vgl. Du Cange s. v. *inquisitio* u. *inquirere*. Die merowingischen Pfalzgerichtsurkunden sprechen von *causa inquisita seu definita*, wenn ein Rechtsstreit dem Urkundenbeweise oder dem gerichtlichen Zugeständnisse der Partei gemäss durch einzüngiges Urteil erledigt worden ist. Auf Grund vorausgehenden Urkundenbeweises Pardessus nr. 331. 349. 477. 497 [Hübner, Gerichtsurkunden nr. 27. 31. 54. 57], auf Grund bejahender Antwort des Beklagten Pardessus nr. 473 u. 535 [Hübner, nr. 53. 60].

pflege bezeichnet[1]. Demnach scheiden die Bestimmungen über amtliche Verfolgung von Uebelthätern, über Anzeigepflicht bei gewissen Verbrechen aus dem Gebiete dieser Untersuchungen.

Bezieht man das Inquisitionsprinzip auf das eigentliche Gerichtsverfahren, so bildet das Verhandlungsprinzip sein Widerspiel. Als Ausfluss des Inquisitionsprinzips in diesem Sinne hat die *„inquisitio“* der karolingischen Zeit das Verhandlungsprinzip nach zwei Richtungen durchbrochen. Um die Klage der Partei zu ersetzen oder zu ergänzen, tritt eine Art von Voruntersuchung ein, deren Ergebnis, die Rüge, den Bezichtigten zwingt, nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Beweisverfahrens sich zu verteidigen. Oder zweitens, es wird auf Grund einer angestellten Klage über [10]
das streitige Faktum ein inquisitorischer Beweis erhoben. In beiden Fällen sprechen die Quellen von *„inquisitio“*, in beiden Fällen ist das angewendete Verfahren insofern dasselbe, als eine Anzahl glaubhafter Männer gezwungen wird, auf ein vorausgehendes Wahrheitsversprechen hin auszusagen, was sie über die ihnen vorgelegten Fragen wissen. Hier wie dort sind es Geschworene, nicht Zeugen im Sinne des damaligen Zeugenverfahrens — denn diese schwören assertorisch —, deren Aussage entgegengenommen wird, nur dass diese im ersten Falle als Rüge[2], im zweiten als Beweismittel dient. Die *inquisitio* der ersten Art spielt ihre Hauptrolle im Strafverfahren, wo sich aus ihr der sogenannte Rügeprozess[3]

[1] Vgl. Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, S. 118 ff. 146 ff.

[2] Ueber den Unterschied von Anzeige und Rüge vgl. Dove, Beiträge zur Geschichte des deutschen Kirchenrechts, I. die fränkischen Sendgerichte, S. 33 in Doves und Friedbergs Zeitschrift für Kirchenrecht IV.

[3] Die Streitfrage, ob es bereits in karolingischer Zeit ein Rügeverfahren gegeben habe, erledigt sich, wenn man sich vorerst über den Begriff einigt. Denkt man dabei an organisierte Rügegerichte, die mit ständigen Rügezeugen besetzt sind, so ist die Frage m. E. zu verneinen. Solche Rügegerichte hat auch Dove a. O. nicht erwiesen, da § 3, Cap. Worm. a. 829, Pertz 351 [Cap. II 15] nicht auf ständige Rügezeugen zu beziehen ist (vgl. unten S. 105 f.), während § 8 Pipp. Cap. Lang. a. 782, P. 43 [Cap. 782—786, c. 8, I 192], zusammengehalten mit dem Epilog dieses Kapitulars, nicht auf eine regelmässig wiederkehrende *inquisitio* mit „ein für allemal zur Rüge vereidigten“ Männern gedeutet werden muss. Dove S. 36 Anm. 22, u. S. 33. Doch scheint mir das Wesentliche des Rügeverfahrens darin zu liegen, dass überhaupt, nicht aber darin, wann und von wem gerügt wird. Ein Rügeverfahren in diesem Sinne ist in den karolingischen Quellen bezeugt. § 8, P. 43 [Cap. I 192, c. 8];

ausbildet, während der Inquisitionsbeweis im Zivilverfahren seine ausschliessliche Anwendung findet und eine überraschende Aehnlichkeit mit den Anfängen des Schwurgerichtsverfahrens aufweist, die vielleicht, ich sage vorläufig nur vielleicht, keine bloss zufällige ist.

Die folgenden Ausführungen werden sich auf die ***inquisitio*** im Beweisverfahren beschränken und jene des Rügeverfahrens nur gelegentlich zur Vergleichung heranziehen. Da der Inquisitionsbeweis, wie gesagt, bisher vielfach mit dem Zeugenbeweise vermengt wurde, wird es nötig, vorerst in negativer Richtung vorzugehen, das angebliche Inquisitionsprinzip des karolingischen Zeugenverfahrens zu
[11] prüfen und den formalen Charakter des Zeugenbeweises klarzustellen. Noch nach einer andern Richtung hin hat die Untersuchung einen Nebenweg einzuschlagen, ehe sie ihr unmittelbares Ziel ins Auge fasst. Ich betrachte den Inquisitionsbeweis als ein Vorrecht des Königtums, welches erst durch Prozessprivilegien auf andre Parteien ausgedehnt wurde. Wie die objektive Gestaltung des Inquisitionsverfahrens es erheischt, dessen Gegenteil, das Zeugenverfahren, voranzustellen, so erfordert das Inquisitionsrecht, die subjektive Berechtigung zum Inquisitionsbeweise, eine vorausgehende Erörterung über Prozessvorrechte überhaupt.

2. Das Zeugenverfahren.

A. Nach den Volksrechten.

Um die Gestaltung des Zeugenverfahrens karolingischer Zeit ins rechte Licht zu setzen, gilt es zurückzugreifen auf die Einrichtungen, welche die Gesetzgebungsperiode der Kapitularien auf diesem Gebiete vorfand.

Nach altdeutschem Rechte ist der Begriff des Zeugen ein engerer als nach heutiger Auffassung. Die Wahrnehmung an sich vermochte keine Zeugenschaft zu begründen. Noch ein andres Moment musste hinzutreten, auf dass sie zur rechtlichen Grund-

---

§ 3, Cap. Aq. ***de instructione miss.*** a. 828, P. 328 [Cap. ***de missis instruendis*** a. 829, II 8]; § 3 Hlud. II. Conv. Ticin. a. 850, P. 406 [Cap. Pap. c. 3, II 86]; § 5 des von Baudi di Vesme herausgegebenen lang. Cap. „Secretiores", Neigeb. 140 [Cap. Pipp. 800—810, c. 4, I 208]. Vgl. Boretius, Kapitularien im Langobardenreich S. 136 ff.

lage eines Zeugnisses werden könne. Wer im Rechtsstreite über eine Thatsache Zeugnis geben sollte, musste seinerzeit von der Partei zur Stätigung dieser Thatsache rechtsförmlich berufen, „gezogen“ worden sein. Nur der Gezogene ist Zeuge im eigentlichen Sinne. Von diesen Zeugen im eigentlichen Sinne, die man, da das Wort heute nun einmal eine allgemeinere Bedeutung hat, nach dem Hauptfalle ihrer Anwendung Geschäftszeugen nennen könnte, unterscheiden sich die Gemeindezeugen[1], die über Zustände, dauernde Verhältnisse oder über Vorgänge zeugten, die ihnen als Nachbarn [12]
oder Gemeindegenossen bekannt sein mussten.

Bei beiden Arten von Zeugen fand im Verfahren das Verhandlungsprinzip seinen ungetrübten Ausdruck. Nicht bloss auf Geschäfts-, sondern auch auf Gemeindezeugnis wurde durch zweizüngiges Urteil erkannt[2]. Nicht nur die Geschäfts-, sondern auch die Gemeindezeugen wurden von der Partei produziert. Unvereinbar mit dem Wesen des alten Verfahrens wäre die Annahme, dass die Gemeindezeugen, da ja jeder Gemeindegenosse so genau wie der andere um ein ortskundiges Verhältnis wissen konnte, nicht von der Partei, sondern vom Gerichte selbst herbeigezogen worden seien. Das Gericht stand dem Zeugenbeweis ebenso ferne wie jedem andern formalen Beweismittel, welches die Partei der Partei gegenüber auf gerichtliches Urteil hin selbstthätig und selbständig zur Anwendung brachte. Es wurde ja selbst das Zeugnis über gerichtliche Akte, das sogenannte Dingzeugnis, in ältester Zeit nicht

[1] Es fällt schwer, den Ausdruck Zeuge, wie die sprachliche Konsequenz es erfordert, auf den Gezogenen zu beschränken. Das Wort „Nachbar“, das Siegel vorschlägt, enthält ebensowenig wie die Bezeichnung „Wissende“, welche Zeugen und Nachbarn als höhere Einheit umfasst, eine Beziehung auf die prozessuale Bedeutung der Zeugen, die denn doch in der Terminologie nicht ausser acht gelassen werden darf.

[2] Vgl. Rozière nr. 489 (form. Andegav. 29): *Taliter visum fuit . . . in noctis tantis daret homines tantus bene fidem habentes vicinis circa manentis, qui de presente fuissent et vidissent . . . ut hoc in basilica . . . . . coniurare deberit. (Si hoc facere potuerit) ipsius illi per lege emendare studiat; sin autem non potuerit, de hac causa ipsi illi omni tempore ductus, quietus atque securus valeat residere.* Pardessus nr. 478, Urkunde von 710 [Hübner nr. 55]: . . . *fuit iudecatum ut sex homenis de Verno et sex de Latiniaco bone fideus in oraturio . . . hoc debirent coniurare, quod a longo tempore semper ipse farinarius ad ipso Latiniaco curte Sancti Dionisii aspexisset et ibidem iustissimi redebebatur.* S. Denis erbringt den Zeugenbeweis und lässt sich darüber eine Urkunde ausstellen.

von Richter und Schöffen, sondern lediglich durch Zeugen, die von den Parteien selbst aufgerufen worden, abgelegt[1].

Abgesehen von einer Ausnahme des langobardischen Rechtes, wird der Zeugenbeweis in der Weise geführt, dass die Zeugen das durch das Urteil festgestellte Beweisthema beschwören. Der Inhalt des Zeugnisses stand von vornherein fest; die Zeugen hatten Wort für Wort zu sprechen, *sicut iudicium loquitur*[2]. Eine Ungewissheit bestand nur insofern, als es fraglich war, ob die Zeugen den Urteilssatz beschwören würden oder nicht. Der Inhalt der Aus-
[13] sage an sich bot daher kein beweiskräftiges Moment. Die Beweiskraft lag ungeteilt in der Form der Aussage, im Eide der Zeugen.

Akt der Aussage und Akt des Schwures sind in der Zeit vor Karl dem Grossen noch nicht geschieden. „*Testes dicunt iurati*". Sie wiederholen den im Urteil angegebenen Beweissatz und beteuern unter Anrufung der Gottheit die Wahrheit des Gesagten. Der Zeugeneid ist also ein Versicherungseid[3], ein Eid, gerichtet auf das Wissen und nicht auf den Willen, wie dies beim promissorischen Eide der Falle ist[4].

---

[1] Konrad Maurer, Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten, Kritische Ueberschau V 192.

[2] Pérard S. 35 nr. 18 [Hübner nr. 215]. Vgl. unten die Darstellung des Zeugenverfahrens einzelner Stammesrechte nach Urkunden karolingischer Zeit.

[3] Die assertorische Schwurform folgt schon aus dem formalen Charakter des Zeugenbeweises. Beim promissorischen Eide tritt zwischen das eidliche Wahrheitsversprechen und die Aussage des Zeugen die Frage des Richters. Für eine solche Frage bietet das altdeutsche Beweisverfahren keinen Raum, da es nach dem Urteile und ohne gerichtliche Intervention stattfindet. Unrichtig ist es, wenn Zöpfl, RG. 3. Aufl. 1876, sagt: Die Zeugen sollten regelmässig vor der Aussage vereidigt werden, doch stand es im Ermessen des Richters, von der Vereidigung ganz Umgang zu nehmen oder auch die Zeugen erst nach der Aussage zu vereidigen. Das *iurati dicant* der Lex Salica darf nicht auf einen promissorischen Eid gedeutet werden. Wie ich unten urkundlich nachweisen werde, haben die Zeugen salischen Rechts assertorisch geschworen. Auch in Lex Rib. L, 1 heisst es von den Zeugen *iurati dicant*, und doch kann nach L. Rib. XXX, 2 und LVIII, 5 kein Zweifel herrschen, dass der Zeugenführer mit seinen Zeugen einen Versicherungseid ablegt. *Iurati dicant* ist so viel wie *iurantes dicant*. Vgl. L. Baiuw. LL. III, 1. Text, XII, 9: *testes iurantes testimonium praeferant*, ausserdem L. Baiuw. XVII, 2. 3. Anm. 6; L. Alam. Hloth. II 2 und die unten S. 97 Anm. 4 angeführten Stellen des langob. Edikts. Zöpfls Citat aus Liutprand 79 a. O. Anm. 110 ist ungenau.

[4] [Den Gegensatz, in den sich dadurch der Zeugeneid des langobardischen gleich dem des deutschen Rechtes zum römischen Zeugeneide stellt, hebt in

In Bezug auf Ablegung des Zeugeneides finden sich bei einigen Stämmen Eigentümlichkeiten[1], die hier nicht übergangen werden können. So viel Zeugen nötig sind, so viel schwören in der Regel den Eid. Allein nach ribuarischem Volksrechte schwört mit den Zeugen zugleich auch der Zeugenführer. Bei den Bayern leistet von den Zeugen nur einer den Eid, welcher, bestimmt das Los[2]. Bei den Langobarden bestätigt der Zeugenführer nachträglich die Wahrheit der Zeugenaussagen durch seinen Eid[3]. Was die Aussagen der Zeugen selbst betrifft, so zeigt das langobardische Verfahren eine Anomalie, die sich in keinem andern Stammesrechte findet und auf einer prinzipiell verschiedenen Auffassung des Zeugen- [14]
beweises zu beruhen scheint.

Nach dem langobardischen Edikte[4] stellt sich das Zeugenverfahren folgendermassen. Wenn eine der beiden Parteien Zeugen

---

voller Schärfe Carolus de Tocco zu Lombarda II, 51, 2 hervor: *Est autem forma sacramenti secundum ius Long. ut testes veritatem dicant, quando iurant; si vero prius dixerint, iurabunt se verum dixisse testimonium. Iure autem Romano prius debent iurare quam dicere. Forma autem sacramenti secundum ius Romanum est, ut veritatem dicant et nihil detrahant vel addant plus pro una parte quam pro altera.*]

[1] Siegel a. O. S. 233.

[2] L. Baiuw. XVII, 6.

[3] Extravagante 5 zur Lex Salica, Merkel S. 100 [Hessels Spalte 421]: *Franci autem post testes non adfirmant sacramentum.*

[4] Vgl.: Liutprand 8. 15. 79. 133; Ratchis 5. Ich citiere nach Baudi di Vesme — Neigebaur. Liutprand 8 handelt von Rechtsgeschäften *inter conlibertos (i. e. vicinos) et parentes.* Nach *glossa Londonensis ad l. c.* (Mon. Germ. LL. IV) geben die Geschäftszeugen ihre Aussage ab: *non iurando set solis verbis,* während der Zeugenführer schwört: *quod illud testimonium verum sit.* Irrtümlich glaubt die *Expositio* zu dieser Stelle (saeculi XI.), dass die Zeugen, wenn es zum Schwur kommt, vor der Ablegung des Zeugnisses zu schwören haben. Liutp. 79 macht die Schwurpflicht der Zeugen ohne Beschränkung auf Gemeindegenossen und Verwandte vom Ermessen des Richters abhängig. Liutp. 15 und Ratchis 5 schliessen den Eid der Partei bei Streitigkeiten über verbürgte Verträge durch den Zeugenbeweis aus. Liutp. 133 lässt die Zeugen ohne weiteres schwören; allein es handelt sich um den Prozess eines *libellarius (qui in casam alienam introierit ad resedendum et ... censum reddendum),* welcher durch Zeugen zu beweisen hat, dass er die Verbesserungen am Gute seines Zinsherrn aus dem Vermögen seiner Frau bestritten habe. Der Zeugenführer beweist mit Genossen, im vorliegenden Falle wohl mit Verwandten seiner Frau. Der *homo libellarius* ist aber kein *homo bonus* (vgl. Liutp. 8), der bei den Langobarden den Arimannen bezeichnet.

vorführt, so verlegt sie damit ihrem Gegner den Eid, falls es sonst darauf angekommen wäre. Die vorgeführten Zeugen werden vernommen. Auf die Aussage hin kann der Gegner sich beruhigen. Bleibt er bei seiner früheren Behauptung und versagt er hiermit den Zeugen den Glauben, so hängt es vom Ermessen des Richters ab, ob die Zeugen die Wahrheit ihrer Aussage eidlich bekräftigen müssen oder nicht[1]. Die Zeugen sind nämlich auf den Einspruch des Gegners hin hierzu verpflichtet, *excepto, si tales personae fuerint, quibus rex aut iudex sine sagramento credere possit*[2], *tales quorum opinio in bonis praecellit operibus et quibus fides a(d)mittitur vel*
[15] *quibus princeps aut eius iudices credere possent*[3]. Nur dem Richter steht das Recht zu, die eidliche *firmatio testimonii* anzuordnen, sei es nun, dass der Gegner des Zeugenführers sie verlangt[4], oder dass jener selbst über die Wahrheit der Aussage Zweifel hegt[5]. Auf alle Fälle aber, mag nun eine *firmatio* erfolgen oder nicht, muss der Zeugenführer die Wahrheit der Zeugenaussagen beschwören[6]. Durch diesen Ergänzungseid erhält auch der Beweis mit unbeeidigten Zeugen einen formalen Charakter. Abgesehen davon, dass dieser Eid andrer Natur ist als der Eineid oder der Eid mit Helfern, könnte man sagen, dass die Partei durch Zeugen sich den Weg zum Eide entweder öffnet, wenn er sonst dem Gegner freisteht und falls er ihr durch das Gesetz verschlossen ist[7], oder sich ihn offen hält, wenn andrerseits der Gegner ihn durch Zeugen zu verlegen in der Lage wäre.

Eigentümlich für die Stellung des Richters im langobardischen

---

[1] Liutp. 8. 79.

[2] Liutp. 79. Daher der bei den Langobarden technische Ausdruck *homines credentes*.

[3] Liutp. 8. In dem *examen testium* bei *Muratori* Ant. VI 371 [Hübner nr. 620], welches die Missi Liutprands i. J. 715 aus Anlass des Streites der Bischöfe von Arezzo und Siena vornehmen, deponieren die Priester *per ista sancta dei evangelia et sanctam crucem*. Von den *arimanni* und *homines exercitales* heisst es schlechtweg: *dicunt, dixerunt*, ohne dass von einer Beschwörung der Aussage die Rede wäre.

[4] Liutp. 79.

[5] Liutp. 8.

[6] Liutp. 8: *Pro cuius autem causa testis illi testimonium reddiderint, ipse homo causatori suo per sacramentum satisfaciat.*

[7] Wie nach Liutp. 79, wenn der Beklagte der Anefangsklage gegenüber keinen Auktor anzugeben weiss.

Zeugenverfahren ist der Umstand, dass die Zeugenaussage nicht der Partei, sondern dem Gerichte eidlich bestätigt wird. Die Abschwörung eines Eides ist eine Leistung, sie wird gewöhnlich als eine dem Gegner gewährte *satisfactio* betrachtet. *Nec aliut exinde non redebeo nisi isto idoneo sacramento* schwört bei den Franken die Partei [1]. Diese Auffassung gilt nicht bloss vom Eide der Partei, sondern auch vom Zeugeneide. So spricht die Lex Salica von einem *satisfacere per testes* [2]. Während hier der Zeugeneid als eine *satisfactio* der Partei gegenüber in Betracht kommt, ist der Sprachgebrauch im langobardischen Edikte in Bezug auf die *firmatio testimonii* ein andrer. Liutprand 8 sagt vom schwurpflichtigen Zeugenführer: *homo causatori suo per sacramentum* [16] *satisfaciat* [3]. Dagegen heisst es in derselben Stelle von den Zeugen, die in der Regel nicht zu schwören haben: *si forsitan rememorati testes veritatem ipsam celare voluerent, tunc per sacramentum satisfaciant principi aut a missom eius, ut ipsa veritas non obfuscetur.* Ebenso in Liutprand 15: *et si debuerent ipsi testes suum testimonium firmare, nobis vel, qui in tempore princeps fuerit, vel iudici firmare deveant.* Das Gesagte gestattet einen Schluss auf das Verhältnis des Zeugenbeweises zum Urteil. Das Zeugenverfahren wird, da es richterliche Rekognition zur Voraussetzung hat, in das Verfahren vor Gericht und vor dem Endurteile einbezogen, während nach den übrigen Volksrechten auf den Zeugenbeweis durch zweizüngiges Endurteil erkannt wird.

Ich kehre von der provinzialen Ausnahme zur allgemeinen Regel zurück. Hatten die Zeugen geschworen, so war die Streitsache zu Gunsten des Zeugenführers entschieden. Wollte der Gegner einen Zeugen des Meineids überführen, so konnte er dies erst nach beendigtem Verfahren und ohne sich dadurch von der Erfüllung

---

[1] Vgl. [Form. Andegav. 11b. 15. 50b, Cartae Senon. 21. 22], Pardessus nr. 394, a. 680 [Hübner nr. 34], Lex Salica CIV (ich citiere nach der Ausgabe Merkels [Hessels 102].

[2] L. Sal. XLIX, Nov. 137 [Hessels 49]: *qui eos (testes) habet neccessarios ad satisfacere.* Das *et* zwischen *satisfacere* und *mannire* im Merkelschen Texte ist zu streichen. Vgl. den Text bei Waitz, Altes Recht der salischen Franken. Mit jenem *et* fällt die Ansicht Siegels S. 67 Anm. 13, welcher das *satisfacere* auf eine Geldentschädigung deutet.

[3] Vgl. Rothari 9: *leciat ei, qui accusatus fuerit, cum sacramentalibus* [*cum sacramentum*] *satisfacere.*

des Urteils zu befreien[1]. Er erhob eine „kampfbedürftige“ Klage, dahingehend, „dass Zeuge gelogen und deshalb Ersatz gewähren müsse“[2]. Bei den Burgundern wurde in Bezug auf die Ueberführung der Zeugen bereits frühe eine Aenderung getroffen, die für uns deshalb von Wichtigkeit ist, weil die Karolinger einen ähnlichen Neuerungsgedanken aufgriffen. Der Gesetzgeber klagt in Titel 45 der Gundobada auf eine für die früh romanisierten Burgunder charakteristische Weise: *multos in populo nostro et pervicatione causantium et cupiditatis instinctu ita cognoscimus depravari, ut de rebus incertis sacramenta offerre non dubitent et de incognitis iugiter periurare.* Aus diesem Grunde wird beschlossen, dass von nun an der Gegner des Zeugenführers diesem den Zeugenbeweis verlegen könne, indem er einen der zum Schwure bereiten Zeugen zum Zweikampf auffordert. Durch diese Aufforderung
[17] zieht er den Zeugen insgesamt die Schwurhand vom Altare[3]. Keiner schwört. Nur einer kämpft. Unterliegt der kämpfende Zeuge, so zahlen sämtliche Zeugen, die sich zum Zeugeneide erboten hatten, eine Busse von je dreihundert Schillingen[4].

B. Das Zeugenverfahren der Kapitularien.

Dies die Rechtsgewohnheiten, welche die Karolinger vorfanden, als sie in die Gestaltung des Zeugenverfahrens einzugreifen sich veranlasst sahen. Die Tragweite ihrer Neuerungen ist auf diesem Gebiete vielfach überschätzt worden, indem man nicht die Gesamtheit der den Zeugenbeweis betreffenden Bestimmungen ins Auge fasste, sondern einzelne missverstandene Stellen zum Ausgangspunkte unrichtiger Schlussfolgerungen machte. So soll nach Rogge[5] Karl der Grosse verordnet haben, „dass es lediglich die

[1] Lex Baiuw. XVII, 2: *Post sacramentum reddat* (der Gegner des Zeugenführers) *agrum. Tunc ... dicat ad illum testem: mendatium iurasti contra me. Sponde mihi pugnam duorum ... si vicerit ille, qui quaerit, conponat cum XII solidis* (der Zeuge) *et illam terram reddet; et si illam terram non potuerit donare, aliam ... donet.*

[2] Siegel a. O. S. 128.

[3] Vgl. M. G. LL. I 129, § 3 [Cap. I 180, c. 3].

[4] Zweifelsohne gab es auch fernerhin eine Meineidsklage nach abgelegtem Zeugeneide, da Titel 8, l. c. in Bezug auf den Parteieneid ein *sacramentum tollere de manu (iuraturi)* und ein *post sacramentum convinci* unterscheidet.

[5] Gerichtswesen der Germanen S. 241.

Sache des Richters sein solle, die Thatsache mit Zuziehung wahrhafter Leute, die er und nicht die Parteien zu bestimmen hätten, zu untersuchen, und dass ebenso wie die Scabinen so auch diese Schiedsleute oder Gehilfen des Richters durch den königlichen Missus und den Grafen für jeden einzelnen Gau erwählt und angestellt werden sollten". Während Rogge auf Grund eines zweifachen Irrtums hierin eine Beschränkung der Anwendung von Eideshelfern findet, glaubt Biener[1], dass Karl in einer Hinneigung zum inquisitorischen Verfahren die Produktion der Zeugen durch die Partei habe beseitigen wollen, indem er bestimmte, dass im Civilverfahren die Zeugen nicht mehr von den Parteien, sondern vom Richter zu „ernennen" seien. Unter Ludwig dem Frommen sei dann für jeden Komitat eine „Anstellung" ständiger Zeugen verfügt worden. Weil Biener aber in Urkunden Zeugen erwähnt findet, welche die Partei aufstellte, scheint ihm, dass Karls inquisitorische Massregel nicht von Dauer gewesen sei. Desgleichen lässt er es dahingestellt, „ob eine feste Anstellung von Zeugen bei jedem Komitat in die Wirklichkeit getreten ist". Nachdem [18]
somit Biener selbst an der praktischen Durchführung der Neuerung zweifelt, kann es sich nur darum handeln, ob die Karolinger in der That die Absicht hatten, jede Produktion von Zeugen zu verbieten und dafür Zeugen von Gerichts wegen, etwa auf Lebenszeit, anstellen zu lassen, so wie man einen Schöffen oder einen Vogt anstellte.

Die öffentliche Gewalt kann die Wahl der Zeugen in zweifacher Weise von sich abhängig machen, je nachdem sie ihren Einfluss bei der Ziehung oder bei der Vorladung von Zeugen geltend macht. Entweder wird ein für allemal ein Kreis von Personen bezeichnet, aus welchem die Parteien vorkommenden Falles zur Stätigung einer Thatsache ihre Zeugen zu wählen haben. Hierin liegt, strenge genommen, nicht eine „Ernennung" von Zeugen, sondern eine Beschränkung der Zeugnisfähigkeit auf eine Anzahl bestimmter Personen, die, wenn es sich um die Aussage über die durch sie gestätigte Thatsache handelt, immerhin von der Partei produziert werden können[2]. Aus den Kapitularien wäre höchstens

[1] Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses S. 124 ff.

[2] In diese Kategorie gehören die *Denominati* in einzelnen Stadtrechten des dreizehnten Jahrhunderts.

§ 19, Cap. Mantuan. dupl. 787, Pertz 111 [Cap. Mantuanum secundum v. J. 813, c. 8, I 197] hierherzuziehen, welches eine kirchspielweise Wahl von 4—8 Männern anordnet, aus welchen bei Entrichtung der Zehnten mindestens zwei zuzuziehen sind. Oder zweitens, es werden, wenn es sich im Rechtsstreite um Feststellung einer Thatsache handelt, die Zeugen vom Richter gewählt, ohne eine Produktion durch die Partei abzuwarten. Diese letztere Art von „Zeugenernennung", wie Biener sie behauptet, kann sich „im Civilverfahren" der Natur der Sache nach nur auf Gemeindezeugnis [1], nicht aber auf Geschäftszeugnis beziehen, da bei diesem dem Richter keine Auswahl unter mehreren Personen zusteht. Allein auch in der angegebenen Beschränkung bestreite ich das Wahlrecht des Richters im ordentlichen Zeugenverfahren; die Be-
[19] stimmung der *testes* durch den Richter ist eine Eigentümlichkeit des Inquisitionsbeweises.

Abgesehen von den zwingenden Belegen der Urkunden, die ich vorläufig wie Biener aus dem Spiele lassen will, legen die Kapitularien selbst die Wahl der Zeugen in die Hand der Parteien, und zwar in einer Weise, die der Einwendung keinen Raum lässt, dass dies nicht auch auf Gemeindezeugnis zu beziehen sei. So bestimmt § 11, Cap. Theod. 805, P. 133 [Cap. Theod. secundum I 124, c. 11]: *non solum accusatorem liceat testes eligere absente suo causatore,* auf dass diesem das Refutationsrecht gewahrt bleibe. § 12, Cap. legi Sal. add. 819, P. 226 [Cap. I 293]: *et hoc iudicaverunt, ut omnis qui alteri aliquid quaerit, licentiam habeat prius sua testimonia producere contra eum.* In einem langobardischen Kapitulare, auf das ich unten zurückkommen werde, § 12, Cap. Pipp. P. 71 [Cap. I 199], wird dem Richter die eigenmächtige Zurückweisung der von der Partei vorgeführten Zeugen bei Strafe verboten. Geradezu auf das Gemeindezeugnis bezieht sich § 10

---

[1] In diesem Sinne scheinen Waitz VG. IV 354, Walter RG. § 663, Anm. 5, Konr. Maurer, Krit. Ueberschau V 193, Anm. 1 ein richterliches Recht der Zeugenbestimmung anzunehmen; doch drücken sie alle sich mit grosser Vorsicht aus. Daniels, Ursprung und Wert der Geschworenenanstalt, Ausführung eines den 11. Februar 1848 in dem Juristenvereine zu Berlin gehaltenen Vortrags, eine Abhandlung, die ich leider erst nach Abschluss meiner Arbeit kennen lernte, teilt den Irrtum Bieners. Auch nach Daniels soll Karl der Grosse „dem Beweisführer die freie Wahl seiner Zeugen benommen" haben. A. O. S. 21.

des Cap. Worm. legg. add. P. 211 [Cap. I 283], wenn da verlangt wird, dass die Partei[1] die Zeugen aus den Umsassen wählen solle, da nicht leicht ein andrer *vel de statu hominis, vel de possessione cuiuslibet* besser Auskunft geben könne. Ein Kapitular Ludwigs II., § 1 Conv. Tic. 855, P. 436 [Cap. Papiensia in legem data c. 1, II 89], normiert das Verfahren für den Fall, *si quis . . . testimonia produxerit et (sc. adversarius) dixerit, quod ea recipere non debeat, quia aliquis eorum servus sit.* Ich begnüge mich, diese Stellen beispielsweise angeführt zu haben. Eine erschöpfende Beweisführung wird nach dieser Richtung hin überflüssig, wenn es gelingt, darzuthun, dass die Stellen, auf welche Biener sich stützt, für dessen Ansicht nicht schlüssig sind[2].

Zumeist würde § 3, Cap. Noviom. 808, P. 152 [Cap. cum primis constituta c. 3, I 139] in die Wagschale fallen. *Ut nullus testes mittere in iudicium praesumat, sed comes hoc per veraces homines circa manentes per sacramentum inquirat, ut sicut exinde sapiunt hoc modis omnibus dicant.* U. a. beziehen auch Waitz, Konr. [20]
Maurer und Walter[3] dies Verbot auf die Produktion von Zeugen. *Testes mittere* kann allerdings die Zeugenproduktion ausdrücken[4], und *iudicium* bezeichnet zwar in erster Linie das Urteil, jedoch auch das Gericht. Hier aber bedeutet es das erstere und ist mit Urteil, Ordal, Gottesurteil zu übersetzen. So wie unsre Sprache das Gottesurteil Ordal (hochd. Urteil) schlechtweg nennt, so brauchen auch die Kapitularien das Wort *iudicium* für *iudicium dei.* So sagt z. B. ein Kapitular, das nur um ein Jahr jünger ist, als diese Stelle, § 10, Cap. Aq. 809, P. 156 [Cap. I 149, c. 10]: *ut presbiter, qui sanctum crismam donaverit ad iudicium subvertendum . . . manum amittat;* das bei Baudi di Vesme — Neigebaur S. 140 abgedruckte Kapitular [Cap. I 208, c. 4]: *si domini fuerit voluntas quod per ipsa iudicia veritas aut periurium declaretur . . .;*

---

[1] Vgl. unten S. 111 Anm. 1.

[2] Ich wähle Bieners Darstellung zum Gegenstand meiner Widerlegung, weil seine Anschauung am meisten von meiner differiert und weil er die Sache meines Wissens am ausführlichsten behandelt, während die Neueren sie in der Regel in den Anmerkungen abthun, ohne in ihren Belegen über Biener hinauszugehen.

[3] Siehe oben S. 102 Anm. 1.

[4] Für den Sprachgebrauch der Volksrechte vgl. Siegel S. 231, für den der Kapitularien § 19, P. 111 [Cap. I 197, c. 8] und § 9, P. 115 [Cap. I 115, c. 9].

das Fragment eines sächsischen Kapitulars P. 170, § 5 [Cap. I 160, c. 5]: *Si servum cuiuslibet absque aliqua conprobatione conprehenderit, ipse servus aut ad aquam ferventem aut ad aliud iudicium se idoniare faciat.* Dass die Quellen von einem *mittere in sacramentum*, von einem *ire in iudicium (sc. dei)* sprechen, will ich nicht allzusehr betonen. Entscheidend ist dagegen die Analogie folgender zwei Stellen. § 11: Cap. missorum, 803, P. 115 [Cap. I 115, c. 11]: *ut nullus presumat hominem in iuditio mittere . . . nisi iudicatum fiat.* Kapitularienfragment im Liber Papiensis Loth. 78[1], P. 371, § 1 [Cap. ital. I 335, c. 3]: *si in qualibet persona suspectio fuerit, si servus est, ad iuditium dominus eius eum mittat aut ipse pro eo sacramentum faciat; quod si libera persona fuerit, proprio sacramento se idoneum reddat.*

In beiden Stellen kann der fragliche Ausdruck nichts andres bedeuten, als zum Gottesurteil zwingen. Steht diese Auslegung demnach auch für § 3 des Cap. Noviom. [Cap. cum primis constituta c. 3, I 139] fest, so bezieht er sich nicht auf die Produktion der Zeugen, enthält also auch kein Verbot derselben. Nur insofern kommt jene Bestimmung hier in Betracht. Ihr positiver Gehalt berührt uns hier nicht weiter, nur vorläufig sei hier be-
[21] merkt, dass ich sie auch in dem angegebenen Sinne nicht auf den Zeugen-, sondern auf den Inquisitionsbeweis beziehe[2].

Als fernerer Beleg dient Biener § 3, Cap. Aq. 812 P. 174 (Cap. de iustitiis faciendis 811—813, c. 3, I 176): *Ut quandocumque testes ad rem quamlibet discutiendam quaerendi atque eligendi sunt, a misso nostro et comite, in cuius ministerio de rebus qualibuscumque agendum est, tales eligantur, quales optimi in ipso pago inveniri possunt. Et non liceat litigatores per praemia falsos testes adducere, sicut actenus fieri solebant.* Ich sehe in dieser Bestimmung nur eine Instruktion für die Missi, wie die meisten Kapitel dieses Kapitulars eine solche enthalten. Karl will seinen Machtboten sagen: Wenn es sich als Notwendigkeit ergibt, zur Untersuchung einer Sache *testes* aufzubringen und auszuwählen, so sollt ihr mit dem Grafen, in dessen Sprengel ein Prozess zu erledigen ist, von

[1] Vgl. darüber Boretius a. O. S. 183: Loth. 78. 79, erregen hinsichtlich ihrer Echtheit keine Bedenken und scheinen Teile eines verloren gegangenen Kapitulars, sei es Lothars, sei es Ludwigs II. zu sein.

[2] Auch Waitz hat diese Anwendung der genannten Stelle als möglich ins Auge gefasst. Vgl. VG. IV 355, Anm. 1 mit IV 356, Anm. 3.

den Gaugenossen jene heranziehen, welche die Angesehensten sind. Dass die Stelle sich nur auf das Verfahren im missatischen Gerichte bezieht, geht aus den Worten: *a misso et comite, in cuius ministerio . . . agendum est* mit Evidenz hervor, sofern Missus und Graf gemeinschaftlich zu wählen haben und der Zusatz *in cuius ministerio* nur dem Missus gegenüber in Betracht kommen kann, dessen Sprengel sich über mehrere Grafschaften erstreckt. Von einem Verbote der Zeugenproduktion ist hier mit nichten die Rede. Der Schwerpunkt der Bestimmung liegt nicht darin, ob, sondern wie die *testes* aufzubringen sind, vorausgesetzt *(quandocunque)*, dass eine solche Notwendigkeit sich ergibt[1]. Wann dies der Fall sei, darüber sagt die Stelle nichts. Würde sie nicht in der angegebenen Weise hypothetisch gefasst, so bliebe kein Raum für den Inhalt der zweiten Bestimmung: *et non liceat . . . adducere.* Ich lasse es unberücksichtigt, dass es überflüssig wäre, die Wahl der Zeugen durch die Partei zu verbieten, nachdem die Wahl durch den Richter anbefohlen worden, denn der Kapitularienstil ist nicht frei von Wiederholungen. Allein Karl verbietet das *adducere testes per praemia,* und zwar die *adductio falsorum testium.* Da es zur Pflicht gemacht wird, falsche, bestochene Zeugen der Parteien nicht zuzulassen, so musste es den Parteien überhaupt gestattet sein, [22]
Zeugen vorzuführen, wenn anders man nicht behaupten will, dass der Gesetzgeber von vornherein alle Zeugen, die etwa eine Partei produzieren könnte, für falsch und bestochen erklärt. Karl will mit seiner Verfügung ein Doppeltes. Er sagt seinen Beamten, wie sie wählen sollen, wenn sie zu wählen haben, und zweitens, welche *testes* sie nicht zulassen sollen, wenn sie nicht zu wählen haben. Der zweite Fall tritt im ordentlichen Zeugenverfahren, der erste im Verfahren *per inquisitionem* ein.

Aus § 3, Cap. Worm. mund. p. s. scrib. 829, P. 351 [Cap. miss. Wormat. 829, c. 3, II 15] folgert Biener, dass ein für allemal von den Missis für jede Grafschaft eine Anzahl rechtlicher Männer ausgewählt wurde, die als Zeugen *veritatem dicunt* und durch deren Zeugnis der Richter die Thatsache untersucht *(inquirit).* Waitz bringt die gedachte Stelle zwar nicht mit einem allgemeinen Verbote der Zeugenproduktion in Zusammenhang, glaubt

---

[1] Da dies im Inquisitionsbeweise der Fall ist, wird die Stelle weiter unten nochmals zur Erörterung kommen.

aber, dass dadurch ständige Gehilfen der Grafen eingeführt worden seien, die über begangene Verbrechen Auskunft geben sollten und welche mit den *scabini* nicht zu verwechseln sind[1]. Dove pflichtet ihm neuerdings[2] bei, nachdem er früher[3] die Stelle auf gewöhnliche Schöffen bezogen hatte.

Meines Erachtens hat Dove seine jetzt aufgegebene Ansicht in der Zeitschrift f. d. R. schlagend begründet, indem er die massgebenden Stellen in ihrem Zusammenhange abdruckte[4]. Da ihm aber seitdem die früheren Schöffen zu ständigen Rügezeugen geworden sind, nehme ich nicht nur seine vormalige Ansicht, sondern auch sein Beweismittel wieder auf. *Ut missi nostri*, lautet § 2 des erwähnten Kapitulars, *ubicumque malos scabinos inveniant*, *eiciant et totius populi consensu in locum eorum bonos eligant. Et cum electi fuerint, iurare faciant, ut scienter iniuste iudicare non debeant.* Hieran schliesst sich die bestrittene Stelle (§ 3): *ut in omni comitatu hi qui meliores et veratiores inveniri possunt, eligantur a missis nostris ad inquisitiones faciendas et rei veritatem dicendam et ut adiutores comitum sint ad iustitias faciendas.* § 4 spricht wieder [23] ausdrücklich von Schöffen. *Volumus, ut quicumque de scabinis deprehensus fuerit propter munera aut propter amicitiam . . . iniuste iudicasse, ut . . . missus ad praesentiam nostram illum venire faciat.* Da § 2 und § 4 ausdrücklich von Schöffen handeln, kann der von diesen Stellen eingeschlossene § 3 dem Zusammenhange[5] nach sich gleichfalls nur auf *scabini* beziehen. Unrichtig ist es, wenn Biener die entscheidenden Worte *ad inquisitiones faciendas et rei veritatem dicendam* wiedergibt: „die als Zeugen *veritatem dicunt* und durch deren Zeugnis der Richter die Thatsache untersucht *(inquirit)*". Das Gerundivum darf nicht ohne weiteres einmal in aktiver, einmal in passiver Bedeutung genommen werden. Grammatikalisch aufgelöst

---

[1] Waitz, VG. IV 332. 369.

[2] Zeitschrift für Kirchenrecht IV 39 und Anm. 30.

[3] Zeitschrift für deutsches Recht XIX 346.

[4] A. O. Anm. 48.

[5] Vgl. Dove l. c. [Wie die neueste Kapitularienausgabe, die von Boretius und Krause, ersehen lässt, hat § 2 in einer der Handschriften, nämlich in Cod. 4 die Ueberschrift: *de malis scavinis eiciendis*, § 3 die Ueberschrift: *de melioribus et veracioribus eligendis*, § 4 die Ueberschrift: *de scabinis, qui propter munera aut amicitiam iniuste iudicant.* Mit Recht bemerkt Krause, Cap. II 15, Anm. 3, dass die von ihm in den Varianten vermerkten Rubriken die von mir verteidigte Ansicht bestätigen.]

lautet der Passus: *qui inquisitiones faciant et veritatem dicant et adiutores comitum sint ad iustitias faciendas.* Die Erwählten sollen *inquirere et veritatem dicere*, während nach der Auffassung von Biener, Waitz und Dove dieselben Personen inquiriert werden und die Wahrheit aussagen sollen. Um dem Wortlaute der Stelle zu genügen, müssten die Rügezeugen zugleich Subjekt und Objekt der Inquisition sein, während sie doch in der That nur das letztere sind. Minder gezwungene Auslegungen bieten sich, wenn wir die Bestimmung auf die gemeinen Schöffen beziehen. Beide Ausdrücke finden sich in so allgemeiner Fassung[1], dass man immerhin interpretieren kann: um die Streitsachen zu untersuchen und auf Grund dieser Untersuchung das Recht zu sprechen und dem Grafen helfend zur Seite zu sein. Will man das *inquisitiones facere* von technischer Inquisitio verstehen, so lässt sich die Beziehung auf die [24] Schöffen sehr wohl aufrecht halten, da ja diese (namentlich in Italien) an derselben thätigen Anteil nahmen. *Veritatem dicere* liesse sich enger gefasst durch das Dingzeugnis erklären, welches in dieser Zeit bereits von den Schöffen gegeben wurde. Welche von diesen Auslegungen die richtige ist, will ich nicht entscheiden; für meine Zwecke reicht es hin, dass Auslegungen nötig sind, nach welchen § 3 cit. u. a. eine Aufzählung von Schöffenpflichten enthält, die bei einer Bestimmung über die Wahl der Schöffen nahe genug liegen mochte[2].

---

[1] Ueber *inquisitiones facere* siehe oben S. 92. Der sachliche Unterschied von *veritatem dicere* und *legem dicere* wurde im Ausdrucke nicht strenge festgehalten. Einerseits spricht man, da die Zeugen mitunter auch auf Rechtsfragen eingehen, von einem *iudicare* der Zeugen. Grimm, RA. S. 859. Andererseits wird *veritatem dicere* auf die Thätigkeit der Urteiler bezogen. In Marculf I, 23: *unicuique et iustitiam reddat et ab aliis simili modo veritatem percipiat* ... und in Marculf I, 21: *et directum faciat et ab aliis simili modo veritatem recipiat,* sowie in Urkunde Beyer, mittelrhein. UB. I, nr. 24 bedeutet *veritas* so viel wie Recht. *Sibi concredere* heisst nach langobardischer Rechtsterminologie: sich bei dem Urteile beruhigen. Auch Dove hat früher interpretiert: Schöffen, bestimmt bei Kriminaluntersuchungen (zu eng) zu Gericht zu sitzen *(ad inquisitiones faciendas)* und Urteile zu finden *(ad veritatem dicendam).* Zeitschr. f. d. R. XIX 347.

[2] Die streitige Stelle ist nur eine neue Einschärfung eines in den Kapitularien öfter ausgesprochenen Grundsatzes. So sagt z. B. § 11, Cap. Aq. a. 809, P. 156: *ut iudices ... centenarii, scabini, quales meliores inveniri possunt et deum timentes constituantur ad sua ministeria exercenda cum comite et populo, elegantur mansueti et boni.* Dass in das Kapitular von 829 jene

Biener führt schliesslich L. Lang. Karoli 67 und L. Lang. Loth. 67 zur Begründung seiner Ansicht an. Beide Gesetze beziehen sich nur auf Italien, wären also schlimmsten Falles für die übrigen Reichsteile nicht massgebend. Die erste der beiden Stellen § 12, Cap. Lang. Pipp. 801—810, P. 104 [Cap. I 210, c. 12] scheint allerdings für die richterliche Bestimmung der Zeugen Anhaltspunkte zu bieten. *Jubemus, ut comites et eorum iudices non dimittant testes habentes mala fama testimonium perhibere, sed tales eligantur qui testimonium bonum habeant inter suos pagenses. Et primum per ipsos iudices inquirantur et sicut ab illis*[1] *rectius inquirere potuerint, ita faciant; non voluntas malorum hominum assensum praebentes.* Bis hierher ist die Stelle ohne Bedenken auf das Zeugenverhör im ordentlichen Zeugenverfahren zu beziehen. Dass der Graf die Zeugen zu wählen habe, wird nicht gesagt. *Eligantur* braucht in einem Kapitular, welches die Ueberschrift trägt: *qua-*
[25] *liter domnus rex ad placitum suum fidelibus suis ammonuit*, nicht auf die Wahl durch die Beamten, sondern kann sehr wohl auch auf die Wahl durch die Partei bezogen werden. So sagt z. B. der vorausgehende § 11: *volumus, ut advocati in presentia comitis eligantur non habentes fama mala, sed tales eligantur quales lex iubet eligere*[2]. Zudem verlangt der Gegensatz zur unmittelbar folgenden Bestimmung, dass unter den *testes* Zeugen zu verstehen sind, welche die Partei vor Gericht bringt. § 12 fährt nämlich fort: *ut et ipsi comites vel eorum iudices, quos noverunt causa, de qua inter eos agitur, conperta esse, sine blandimento ipsius qui causam habet, faciant ad eandem causam venire et per eorum inquisitionem fiat definita.* Hieran schliesst sich der Befehl, die Zeugen einzeln zu verhören. Die

Bestimmungen über die Schöffenwahl aufgenommen wurden, dürfte in einem Passus der *exortatio episcoporum ad dominum Ludovicum* P. 332 ff. seinen Grund haben, wie denn überhaupt ein Zusammenhang zwischen dieser und dem Wormser Kapit. unverkennbar ist. P. 347, § 4 citieren die Bischöfe dem Kaiser u. a. die Stelle aus dem *exodus*. *Elige viros potentes et timentes deum, in quibus sit veritas et qui oderint avaritiam et constitue ex eis tribunos et centuriones et quinquagenarios, qui iudicent populum omni tempore . . . in libro Paralipomenon . . . „non hominis exercetis iuditium sed domini et quodcumque iudicaveritis in vos redundabit . . . non enim est apud deum . . . iniquitas nec personarum acceptio nec cupido munerum“.*

[1] Sinnwidrig ist die Variante *aliis*, die Pertz in den Text aufgenommen hat.

[2] Vgl. Waitz IV 396.

Verfügung ist jedenfalls nur dispositiv; die Produktion der Zeugen ist nicht verboten. Wenn der Graf Wissende herbeiziehen soll, so ist damit die Vorführung von Zeugen durch die Partei nicht ausgeschlossen. Eine andre Frage ist es, worin denn jenes Herbeiziehen besteht. Haben der Graf und dessen Unterrichter Inquisitionsgewalt im technischen Sinne, oder handelt es sich nur um eine *bannitio testium*, eine richterliche Vorladung von Zeugen, auf welche die Partei vor Gericht sich berufen hatte, während diese, die verlangte Zeugenschaft verweigernd, nicht mit ihr im Ding erscheinen? Um des Zusammenhangs willen werde ich diese Frage im Abschnitte über die Inquisitionsgewalt behandeln. Vorläufig sei bemerkt, dass ich die Stelle ebenso wie L. L. Loth. 67 auf den Zeugenzwang im ordentlichen Zeugenverfahren beziehe. Einen positiven Beleg für das Produktionsrecht der Partei bietet in Bezug auf Italien § 12, Cap. Pipp. Lang. 787[1], P. 71 [Cap. I 199, c. 12]: *Placuit nobis, ut nullus comes nec iuniores eorum nullatenus praesumant alicui homini sua testimonia tollere aut abstrahere*, *nisi permittantur ei ipsa testimonia habere, qui eas potest conquirere aut rogare. Et si aliquis contra hoc facere praesumpserit, nostra est voluntas, ut ipse in nostra presentia veniat et ibidem talem exinde accipiat sententiam, quomodo nostra fuerit voluntas ad iudicandum.* Die Stelle ist zwar älter als die zwei von Biener angeführten, doch liegt kein Grund vor, an eine Derogierung zu denken. Im übrigen spricht sie so klar und unzweideutig für die Zeugenproduktion von [26]
seiten der Partei, dass sie eines weiteren Kommentars nicht bedarf.

Ich fasse das Ergebnis dieser kritischen Ausführungen zusammen. Ein Verbot der Zeugenproduktion kennen die Kapitularien nicht. Ebensowenig lässt sich — um vorläufig abzusehen von den zwei noch nicht erledigten langobardischen Kapitularienstellen — ein subsidiäres Zeugenernennungsrecht des ordentlichen Richters erweisen.

Die Aenderungen, welche die karolingischen Kapitularien in Bezug auf das ordentliche Zeugenverfahren durchzuführen suchten, entsprangen nicht etwa einer prinzipiellen Annäherung an ein mehr inquisitorisches Verfahren, sondern dem durch vorwaltend christlich religiöse Motive geleiteten Streben, der Sünde des Meineids zu steuern. Die Massregeln, die man zu diesem Zwecke ergriff, waren

---

[1] Vgl. Boretius a. O. S. 129.

teils repressiver, teils präventiver Natur. Zur ersteren Gruppe gehört die Verschärfung der Meineidsstrafe, als welche durchgehend der Verlust oder die Lösungsbusse der Schwurhand festgesetzt wurde.

Um von vornherein dem Meineid der Zeugen vorzubeugen, wurde 1. die eingreifende Bestimmung getroffen, dass der Richter die Zeugen, ehe sie zum Schwure zugelassen werden, einzeln verhören solle. Dieses dem Zeugeneid vorausgehende Verhör der Zeugen ist es, welches in den Quellen auch *inquisitio* heisst und im Gegensatz zur technischen *inquisitio,* als einer *inquisitio per testes, inquisitio testium* genannt werden könnte. Die Stellen, welche für dieses Verhör in Betracht kommen, sind folgende. § 11, Cap. miss. Theod. vill. 805, P. 133 [Cap. I 124, c. 11]: *De periuriis, ut caveantur, et non admittantur testes ad iuramentum, antequam discutiantur, et si aliter discuti non possint, separentur ab invicem et singulariter inquirantur.* § 6, Cap. Aq. 809, P. 156 [Cap. I 148, c. 6]: *ut testes priusquam iurent, separatim discuciantur, quod de illam rem dicere velint, unde testimonium reddere debent.* § 21, Cap. missorum, 803, P. 115 [Cap. I 116, c. 21]: *de falsis testibus inquirendum est, ut non recipiantur.* § 12, Cap. Lang. Pippini 801 bis 810, P. 104 [Cap. I 210, c. 12] habe ich, soweit er hierher gehört, bereits oben ausgeschrieben. Der Einfluss, welchen die Anordnung dieses Zeugenverhörs auf die Stellung des Zeugenbeweises zum Urteil ausübte, wird später gelegentlich zur Sprache kommen.

[27] 2. In Fällen des Gemeindezeugnisses, welches namentlich in Grundbesitzstreitigkeiten und Statusprozessen zur Anwendung kam[1], erhielt der Gegner des Zeugenführers das Recht, gegen die von letzterem produzierten Zeugen Gegenzeugen aufzustellen. Kreuzen sich die Aussagen beider Teile, so entscheidet der Zweikampf. Endgültig und teilweise mit Aufhebung früherer Bestimmungen[2] wurde

[1] § 10, Cap. legg. add. a. 817, P. 211 in fine [Cap. legg. add. 818. 819. c. 10, I 283]: *testes vero de qualibet causa non aliunde quaerantur nisi de ipso comitatu in quo res unde causa agitur positae sunt; quia non est credibile, ut vel de statu hominis vel de possessione cuiuslibet per alios melius rei veritas cognosci valeat, quam per illos qui viciniores sunt.*

[2] Vgl. § 1, Cap. Lud. (Lang?) 814–816, P. 84 [Cap. I 268, c. 1] und § 1, Cap. Lud. generale 816, P. 195 [Cap. I 269, c. 1]. Zwischen diesen Kapitularien und § 10 des Kapitulars von 817 [818. 819] liegt § 27, Cap. ad epi-

dieses Verfahren geregelt durch § 10, Cap. legg. add. 817, P. 211 [Cap. legg. add. 818. 819, c. 10, I 282 f.]: *De falsis testibus convincendis. Si quis cum altero de qualibet causa contentionem habuerit et testes contra eum per iudicium producti*[1] *fuerint, si ille falsos eos esse suspicatur, liceat ei alios testes, quos meliores potuerit, contra eos opponere, ut veracium testimonio falsorum testium perversitas superetur. Quod si ambae partes testium ita inter se dissenserint, ut nullatenus una pars alteri cedere velit, eligantur duo ex ipsis, id est ex utraque unus, qui cum scutis et fustibus in campo decertent, utra pars falsitatem utra veritatem suo testimonio sequatur. Et campioni, qui victus fuerit, propter periurium, quod ante pugnam commisit, dextra manus amputetur. Ceteri vero eiusdem partis testes, quia falsi apparuerunt, manus suas redimant, cuius compositionis duae partes ei, contra quem testati sunt, dentur, tertia pro fredo solvatur.* Der leitende Grundsatz der Verfügung ist in der Ueberschrift: *de falsis* [28] *testibus convincendis* ausgesprochen. Es ist derselbe, welcher dem oben erörterten Titel 45 der Lex Burgundionum zu Grunde liegt. Das ludovicische Gesetz unterscheidet sich in einem Punkte wesentlich von der Gundobada. Diese gestattete dem Gegner des Zeugenführers, selbst einen der Zeugen zum Zweikampf herauszufordern. Nach Ludwigs Kapitular kann dem Zeugenführer der Zeugenbeweis nur durch Gegenzeugen verlegt werden, auf welche die Partei sich, sobald die Zeugen des Beweisführers vernommen worden sind, berufen muss. Ergibt das Verhör der Gegenzeugen ein andres Ergebnis als das der Zeugen des Beweisführers, so wählt der Richter — noch hat keiner von der Zeugen geschworen[2] — aus jeder

---

scopos 817, P. 209 [Cap. eccles. 818. 819, c. 27. I 279], wodurch die Kreuzprobe verboten wird, welche, wie bereits Walter, RG. § 671, Anm. 1 bemerkt hat, in § 10 l. c. nicht mehr erwähnt wird.

[1] Biener versteht S. 124, Anm. 24 darunter Zeugen, die der Richter gewählt hat, übersieht aber, dass *testis per iudices productus* ein innerer Widerspruch ist. *Iudicium* ist hier wörtlich als Urteil zu nehmen, durch welches bekanntlich auf Zeugenbeweis erkannt wird. Noch Ssp. II 18, § 2 sagt: *man ne sal ok nicht vinden to rechte, wo en man en gut oder ene gewere des gutes getügen solle, ime ne si aller irst die getüch mit ordelen erdelt.* Dass die Zeugen von der Partei produziert wurden, ergibt sich übrigens aus der dem Verhandlungsverfahren entsprechenden Verteilung der Lösungsbusse, von welcher, wie nach fränkischem Rechtsgrundsatze, bei jeder Busse ein Drittel als Fredus an den Fiskus fällt. Vgl. Wilda, Strafrecht der Germ. S. 467.

[2] Das Cap. Ludwigs kann in diesem Punkte unbedenklich aus formula

Zeugenreihe einen als Kämpen aus. Nur diese zum Zweikampf auserlesenen Zeugen schwören. Der unterliegende Kämpe verliert zur Strafe des Meineides die Hand, während seine Genossen für ihre Aussage, die sie zwar nicht beschworen, aber doch zu beschwören bereit waren, eine dem Lösegeld der Hand entsprechende Busse zu entrichten haben. Der kampfbedürftigen Meineidsklage gegenüber, wie sie oben nach der Lex Baiuwariorum dargestellt worden, ist dies Verfahren nach zwei Richtungen hin eine Neuerung. 1. Die Meineidsklage ist eine Ersatzklage, die erst nach vollendetem Befriedigungsverfahren statthatte. Die Produktion von Gegenzeugen dient als Gegenbeweis, der in Bezug auf die nichtkämpfenden Zeugen den Charakter einer *probatio ad evitandum periurium* hat. 2. Nach altem Recht kämpfte, wie nach der Gundobada, die in Bezug auf den ersten Punkt mit dem Kapitular Ludwigs übereinstimmt, die Partei mit dem Zeugen, während von nun an Zeuge gegen Zeugen steht.

Die Bestimmungen der Kapitularien, welche den Zeugenzwang betreffen, kommen in dem Abschnitte über die Inquisitionsgewalt zur Sprache. Andere Normen über das Zeugenverfahren, das Gebot der Nüchternheit, das Verbot, Zeugen durch Lohn zu dingen, die
[29] Voraussetzungen der Zeugenfähigkeit, die sich auf Standes- und Stammesgleichheit und ein bestimmtes Vermögensmass beziehen, seien hier nur im Vorübergehen erwähnt, da sie den Gegensatz von Zeugen- und Inquisitionsbeweis nicht berühren.

C. Das Zeugenverfahren einzelner Stammesrechte nach Urkunden karolingischer Zeit.

Das Ergebnis, welches die Untersuchung über die Kapitularien geliefert hat, wird durch die Urkunden nach allen Richtungen hin bestätigt. Auf Grund derselben soll in Folgendem das Zeugenverfahren des hier behandelten Zeitraums, soweit es die Unterscheidung von Zeugen- und Inquisitionsbeweis erheischt, nach den Sonderrechten der im fränkischen Reiche vereinigten Stämme dar-

---

Lang. zu L. L. Hlud. Pii 3 ergänzt werden. ... *et unusquisque testis ex alia parte dicat ... et ita ut nullus eorum iuret, eligat unum ex una parte et ex altera alium comes, ut pugnetur, et antequam bellum incipiant, iuret uterque: illud testimonium, quod ego Petrus et Joannes et Andreas dedimus, verum testimonium dedimus.*

gestellt werden. Wenn auch das in den Urkunden gebotene Material nicht ausreicht, alle Stammesrechte in gleicher Weise zu berücksichtigen, so genügt es doch, um für alle mit Sicherheit jene Schlüsse zu ziehen, auf die es zur Erhärtung des berührten Gegensatzes ankommt.

Weitaus am anschaulichsten schildern uns das Verfahren die Gerichtsurkunden aus den Gebieten des langobardischen und des westgotischen Rechts. Die Gründe liegen nahe. Einerseits kamen daselbst die Urkunden im Gerichtsverfahren schon früher zur Anwendung, indem dieses das von den Römern überkommene Notariatswesen seinen Zwecken dienstbar machte. Andrerseits zwang die konkurrierende Nachbarschaft des römischen Rechtes, die Beobachtung aller einzelnen durch das germanische Stammesrecht gebotenen Förmlichkeiten in der Urkunde ausdrücklich zu betonen, während dort, wo das heimische Recht auf abgeschlossenem Territorium ungeschmälerte Geltung hatte, eine solche Veranlassung nicht vorlag.

Ich beginne mit den Urkunden des langobardischen Rechtsgebietes[1]. Um zur Anschauung zu bringen, wie der Zeugen- [30]
beweis sich in das Verfahren einfügt, ist eine Vorfrage zu erledigen. Der germanische Grundsatz, dass die Beweisrolle den Beklagten treffe, erleidet im langobardischen Gerichtsverfahren dieser Zeit noch keine Einschränkung. Es ist unrichtig, wenn Walter RG. § 685 sagt: „Bei den Langobarden wurde durch den Grundsatz, dass alle Beweislast auf dem Kläger, nicht auf dem Beklagten ruhe, in die Prozedur (bei Klagen um ein Grundstück) der feste Gang gebracht, wodurch sich die langobardischen Formeln vor den deutschen vorteilhaft auszeichnen". Hlothar I. Cap. Lang. 835, c. 5, auf das er sich beruft[2], gehört, wie Bore-

[1] Die Urkunden, auf welche die folgende Darstellung sich stützt, betreffen zumeist Prozesse um unbewegliches Gut, in welchen der durch Gemeindezeugnis geführte Beweis dreissigjährigen Besitzes den Ausschlag gibt. Als anschauliche Beispiele für Zeugenverfahren vergleiche man *Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca* IVb 27. 63. 65, Vb 386. 466. 504; Muratori, *Antiquitates Italiae* I 973, III 1015, V 311.

[2] P. 371: *Qui possessor ad iudicium venit, non est cogendus dicere, unde tenet, nec probationis necessitas ei debet imponi sed hoc officium magis est petitoris, ut rem, quam repetit, ad se doceat pertinere.* Die Beweisregel ist von einem Romanisten vielleicht in bewusstem Gegensatz gegen das germanische Beweisprinzip abgefasst worden.

tius S. 183 nachgewiesen, nicht einem Kapitular an, sondern ist Privatarbeit eines späteren Juristen. Was die Formeln betrifft, so vermag ich in ihnen das von Walter angegebene Prinzip ebenso wenig zu finden wie in den Urkunden.

In den Urkunden wird es geradezu als Sache des Beklagten bezeichnet, *ut rationem ponat*, d. h. dass er durch Angabe und Beweis der *causa possessionis* der Klage gegenüber Rechenschaft gebe. *Ponitis mihi rationem, pro quid vos eas (res) abere voletis* fordert in Memorie di Lucca IVb 27, a. 822 [Hübner nr. 702] der Kläger den Beklagten auf. *Ecce nos parati ab isto E. ut nobis rationem mittat de casis et rebus, quas ei mustravimus* erklären Mem. d. L. IVb 65 [1] a. 884 [Hübner nr. 803] die Kläger, nachdem sie dem Beklagten den Gegenstand der Klage an Ort und Stelle gewiesen hatten. In den Prozessformeln des Liber legis Langobardorum ist diese Aufforderung in Frageform gekleidet. *(Martinus:) Petre te appellat Martinus quod tu tenes sibi terram malo ordine in tali loco. (Petrus:) Ipsa terra mea propria est. (Martinus:) Quid tibi pertinet?* [2]

[31] Diesem Grundsatze entspricht es, dass der Beklagte dem Zeugenbeweise näher steht als der Kläger. Nur wenn der Beklagte den Zeugenbeweis nicht antritt, geht dieser auf den Kläger über.

---

[1] Dazu die Nachträge Vb 569.

[2] Der Beklagte ist nicht gehalten, dieser Aufforderung sogleich zu entsprechen; er kann Frist begehren, um privatim nähere Erkundigung einzuziehen, und diese Erkundigung wird *inquisitio* genannt. M. d. L. IVb 65 erwidert der Beklagte: *casis et rebus ipsis, quas mihi mustrastis, abet et detinet pars ecclesie . . . tamen volo iscire et inquirere . . . pro quit abet et detinet, si abet exinde monimen aut possesssio, per quas legibus ad parte ipsius ecclesie defendere possam.* Da in demselben Prozesse die Aufforderung an den Beklagten wiederholt wird, antwortet dieser: *iam dixi et modo iterum dico: volo inquirere parte ecclesie . . . si abet exinde testes aut monimen . . . et cum hoc dixisset, dedit wadia ipsi(e) Eriteo . . . O. et M. de tali inquisitione faciendi ad parte ipsius ecclesie, sicut dicebat.* Zum festgesetzten Termine erscheinen beide Parteien vor Gericht. Die Kläger erklären: *ecce parati sumus ab isto Eriteo . . . ut nobis responsum reddat de casis et rebus . . . sicut inter nos wadiatum est.* Eriteo: *casis et rebus . . . abet et detinet parte episcopatus . . . per annos triginta ad proprietatem et taliter per testes probare possum.*

Desgleichen kann der Kläger, wenn die Zeugenbeweisrolle auf ihn übergeht, Frist zum Zwecke derartiger *inquisitio* verlangen. M. d. L. IVb 52, a. 871 (Hübner nr. 775]: *liceat mihi inquirere . . . si per testes hoc adprobare possum.*

Das Gericht richtet daher stets zuerst an den Beklagten die Frage, ob er — setzen wir den Fall — seine Behauptung dreissigjährigen Besitzes durch Zeugen erweisen könne. Erst auf sein Nein kommt der Kläger in die Lage, von diesem Beweismittel Gebrauch zu machen, vorausgesetzt, dass von beiden Seiten die Behauptungen dreissigjährigen Besitzes sich gegenüberstehen. In Mem. di Lucca Vb 386, a. 847 [Hübner nr. 742] tritt Fraimannus, Sohn Flaiperts. des Auktors des Beklagten, in den Rechtsstreit ein mit den Worten: *ego ex res ipsa . . . auctorem existo pro eo quod . . . Flaipertus plus annorum triginta abuit.* Das Gericht stellt die Frage: *si hoc per testes adprobare poteret. Non possum* antwortet Fraimannus. Hierauf erklärt der Kläger: *adprobare possum per testes, qualiter res ipsa infra istos triginta annos pars ecclesiae* (als deren Vogt er klagt) *abuit ad proprietatem.* Fraimannus: *non est veritas quod dicis.* Das Gericht erkennt auf den Beweis des Klägers. *Iudicavimus et wadiam dare fecimus ipsum Andreas, ut . . . adprobaret et Fraimanno . . . paratus essed adprobatio ipsa ab eo recipere*[1]. Denselben Vorgang bietet die Urkunde Mem. di Lucca Vb 466, a. 865 [Hübner nr. 770]. Auch hier handelt es sich um den Beweis des dreissigjährigen Besitzes. *Nos auditores interrogavimus eum* (den Beklagten) *si potuisset adprobare, quod casa et res ipsas* [32] *per treginta annos . . (ipse . . genitor eius et auctor genitoris) abuissent et possedissent ad proprietatem. Qui dixit et professus est, quod non poteret. Cum ipse A. ita profiteretur iterum interrogavimus ipsum G.* (den Kläger) *et R. advocato eius, si potuissent adprobare per testimonia aut per inquisicionem, quod de ipsa casa et res infra istos treginta annos ipsa ecclesia vestituram abuisset aut possedisset*[2].

Hatte eine der beiden Parteien den Zeugenbeweis angenommen, so kann sie die Zeugen sofort produzieren. Sind diese nicht schon vor Gericht anwesend und zur Produktion bereit, so wird über die Vorführung derselben Gewette geleistet und ein neuer Tag anberaumt. Diesen eröffnen in Mem. di Lucca IVb, 65,

[1] Wenn weder der Beklagte noch der Kläger den Zeugenbeweis erbieten, kommt es auf den Eid des Beklagten an. Vgl. Memorie di Lucca Vb 337, nr. 564, a. 840 [Hübner nr. 728]: *Dum ambe partes nullum testem propter longinquitatem inde dare professi sunt, iudicatum est ad nostris scavinis, ut ipse Andreas advocatus S. J. ut diceret iuratus ad dei evangelia cum sagramentalibus.*

[2] Vgl. noch Mem. di Lucca, IVb 52, a. 871 [Hübner nr. 775]; Vb 504, a. 873 [Hübner nr. 777].

a. 884 [Hübner nr. 803] die Gegner des Zeugenführers mit der Erklärung: *ecce nos parati ab isto E . . . testes recipiendum sicut nobis wadiam dedit.* Hierauf produziert der Beweisführer seine Zeugen, *defert, profert, praesentat*[1]. Nachdem die Zeugen vorgestellt worden, richtet das Gericht an den Gegner die Frage: *si adversus testes ipsos aliquit aberent, quot contra eos dicere aut contendere*[2]. Der Gefragte hat sodann seine Einwendungen gegen die Zeugenfähigkeit der produzierten Zeugen vorzubringen. In M. d. L. IVb 65 erklärt er: *quot contra testes ipsos nullum abere, quot contradicere aut contendere poterunt, nisi quod boni essent.* Ein Beispiel versuchter Zurückweisung bietet M. d. L. Vb 386, a. 847 [Hübner nr. 742]. Der Gegner des Zeugenführers antwortet: *De his duobus germanis nihil abeo, quod contradicere quod receptibiles non sint. De isto alio autem nomine Wido veritatem dico, quia de suo proprio non abet valentes 150 solidos; propterea nolo ut testimonium*[3]. Dagegen bezeugen drei Schöffen, dass der beanstandete Zeuge sein volles Wergeld habe: *et suum bene potest dicere testimonium.*

An die Produktion der Zeugen schliesst sich das Verhör, die *inquisitio testium* von seiten des Gerichts. *Tunc testes ipsos separati unum ad unum inquirere cepimus et . . . interrogavimus eos*
[33] *. . . singulatim diligenter*[4]. „*Dum praefatus A . . . testimonia ante nos praesentasset et nos eos singulatim et diligenter sub dei timore inquisivimus . . .*“[5]. Das Verhör bezieht sich auf die Kenntnis, welche die vorgeführten Zeugen von der streitigen Thatsache haben. Beispielsweise mögen hier die Aussagen in dem Verhöre aus M. d. L. IVb 27 [Hübner nr. 702] Platz finden. *Inprimis ipse Poppo dixit: sappo res illa, unde intentionem abet Guntelmus clericus pro parte Sancte Marie . . . cum Natali et Auriperto germanis . . . infra isti triginta anni essere Sancte Marie et quando Alperto pater eorum in ipsa res introivit, S. M. erat. Ostriperto similiter dixit, Vidiprando similiter dixit.*

Nach Schluss des Verhöres fragt das Gericht den Gegner des Beweisführers: *si ipsos testes reprobare poteret an non* (M. d. L. IVb 27) oder, wie die Frage in M. d. L. IVb 65 lautet: *si abe-*

---

[1] M. d. L. IVb 27. 65. 386; Muratori, Antiquitates V 311, a. 796.
[2] M. d. L. IVb 65.
[3] *testimonium* gleich *testis.*
[4] M. d. L. IVb 65.
[5] Muratori, Antiq. III 1015, a. 796 [Hübner nr. 665].

rent testes suos, quot contra illos testes, qui ipsum testimonium (reddiderunt, poterent probare quot) veritatem non dixissent? Im zuletzt angeführten Falle antworten die Gegner des Zeugenführers: *quot testes exinde non aberent, per quos testes ipsos reprobare potuisserunt.* Findet *reprobatio* statt, so tritt nach § 10, Cap. Aq. legg. add. 817, P. 211 [Cap. legg. add. 818. 819, c. 10, I 283] das Verhör der Gegenzeugen, eventuell der Zweikampf ein.

Kommt es nach langobardischem Rechte zum Zeugeneide (in den hier behandelten Urkunden ist dies ausnahmslos der Fall), so wird der Schwur erst nach dem Verhör geleistet. *Post testimonium redduto ipsa testimonia unusquisque ipsorum per dei evangelia iuratus dixerunt ante nos: sicut testimonium rededimus, sic fuit certa veritate* [1]. *Tunc (reddito testimonio) ante nos . . . sancta dei evangelia adduci fecimus et unusquisque singulatim, qualiter testimonium reddiderunt, ad ipsas dei evangelia firmaverunt* [2]. Schliesslich schwört der Zeugenführer: *qualiter testimonia ipsa testimonium reddiderunt de hac causa, veritatem dixerunt.*

Der Tenor des Zeugnisses wird nicht in den Eid aufgenommen, sondern die Wahrheit der bereits abgelegten Aussage eidlich bekräftigt. Die Aussage ist die Hauptsache, die eidliche *firmatio,* wie wir oben gesehen, nicht einmal ein wesentliches Glied des Zeugenverfahrens. Gerade diese accessorische Natur des Zeugeneides unterscheidet das langobardische Verfahren von dem der übrigen Stammesrechte. Der Eid der Zeugen ist übrigens — das müssen wir mit Rücksicht auf den Inquisitionsbeweis registrieren — ein Versicherungseid. [34]

Das westgotische Recht hat vom Verhandlungsprinzip und damit auch vom Formalismus des altdeutschen Gerichtsverfahrens am meisten eingebüsst. Das richterliche Ermessen hat bereits verhältnismässig weiten Spielraum. Die Beweisrolle der Partei wird nicht mehr mit Strenge festgehalten. Beide Parteien können Zeugen produzieren; auf Grund des Verhörs entscheidet der Richter, wessen Zeugen zum Schwure zugelassen werden sollen [3].

---

[1] Muratori, Antiq. III 1015.

[2] M. d. L. IVb 65. Vgl. Mur., Antiq. I 973, a. 806 [Hübner nr. 680].

[3] L. Wisigoth. L. II, tit. IV § 2: *Discussa prius veritate verborum, quibus magis debeat credi, iudicis aestimabit electio.* L. V, tit. VII §. 8: *Iudex*

Dennoch trägt auch hier der Zeugenbeweis formale Momente an sich, durch die er sich scharf und deutlich vom Inquisitionsbeweise abhebt.

Aus den Urkunden bei Vaissete[1], Baluze[2] und Marca[3] fügt sich ein ziemlich vollständiges Bild des westgotischen Zeugenbeweises in karolingischer Zeit zusammen. Die Art und Weise, in der ich die Urkunden wechselseitig ergänze, trägt ihre Rechtfertigung in sich selbst.

Die klagende Partei bittet das Gericht etwa folgendermassen um rechtliches Gehör. „*Iubete me audire cum isto Milone, qui tales villas . . . de causa ecclesiarum . . . retinet malum ordinem iniuste . . . hoc adprobabo*[4] *per series condiciones, quod iste Milo comes retinet ipsas villas malum ordinem iniuste, et invasit de potestate . .*
[35] *archiepiscop(i), cuius ego mandatarius sum.*" So klagt der Vertreter des Erzbischofs von Narbonne 782 vor den Machtboten Karls des Grossen[5], indem er zugleich den Beweis des Klagfaktums anbietet. Das Gericht fragt den Beklagten, was er zu antworten habe. *Ipsas villas senior meus Karolus rex mihi eas dedit ad beneficio* lautet die Antwort im vorliegenden Falle. Im Anschluss daran verlangt das Gericht von ihm zu wissen: *si potebat abere condictiones aut recogniciones aut iudicium aut testes pro quibus ipsas villas partibus suis retinere debeat. — Tunc Milo dixit: non habeo nullum iudicium*[6] *veritatis nec ulla testimonia . . . nec in isto placito nec in alio nec in tercio nec ulloque temporè*[7]. Nachdem somit der Beklagte kein Beweismittel hatte anbieten können, welches nach L. Wisigoth. L. II, tit. I, § 22[8] den Vorrang hat vor dem Eide der Partei, fragen die Missi, Vassi und Iudices den Vertreter des Klägers: *si potebat abere tale testimonia pro quibus hoc quod dicebat . . . legibus aprovare potuisset.* Erwidert die Partei: *sic habeo* oder, wie die Ant-

eorum testimonium recipere debet, quos meliores atque pluriores esse providerit. Ich citiere nach Walters C. J. G.

[1] Histoire de Languedoc I. II.

[2] Capitularia II.

[3] Marca Hispanica.

[4] So ist das sinnwidrige *adprobavi* zu emendieren.

[5] Vaissete I. preuves 24 = Baluze II 1394 [Hübner nr. 116].

[6] Doch wohl *indicium.*

[7] In Bezug auf die *induciae rationis ponendae* vgl. oben S. 114, Anm. 2.

[8] *In his causis sacramenta praestentur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa indicia veritatis discussio iudicantis invenerit.*

wort in Marca col. 796 lautet: *possum introducere legitimos quatuor testes absque ullo crimine*, so ergeht ein Befehl des Gerichts, dass die Partei die Vorführung der Zeugen rechtsförmlich gelobe. „*Ad ipsa ora per iudicio de supradictos missos . . . ac iudices Ardoynus mandatarius sua agramivit testimonia*“[1]. Hiermit ist die Zeugenbeweisrolle festgestellt. Der Zeugenführer bringt seine Zeugen am angesetzten Gerichtstage in den Ring. „*Obtulit nobis testes veraces homines pagenses perspicui fide atque rebus pleniter opulenti, cuius nomina in suas conditiones resonant*“[2].

Nachdem die Zeugnisfähigkeit ermittelt worden, werden die Zeugen einzeln verhört. „*Interrogavimus eos diligenter, quicquid utinam de hac causa illis in veritate cognitum erat, ad singula nobis dicere fecissent. Illi autem una, secundum legis ordinem singuli discussi et interrogati, dixerunt, quia nos testes sumus et bene nobis* [36]
notum est in veritate . . .“ (es folgt die Aussage)[3]. Nach Schluss des Verhöres wendet sich das Gericht an den Gegner des Zeugenführers, *si habeat aliquid de obiectu vel reprobatione quod contra ipsos testes dicere debeat aut meliores vel pluriores testes, pro quibus illi reprobi sunt aut illorum testimonium invalidum esse debeat*[4]. Wenn er dies verneint[5], so lässt ihn das Gericht eine schriftliche Erklärung über die Nichtanfechtung der gegnerischen Zeugen unterschreiben[6] und hierauf die Beweissätze ausfertigen, welche die Zeugen feierlich zu beschwören haben.

Das Verzeichnis dieser Beweissätze führt die technische Be-

---

[1] Vaissete, a. O.

[2] Marca col. 779, a. 843 [Hübner nr. 318].

[3] Marca col. 779.

[4] Marca col. 779. Vgl. Marca col. 796: *potes alios habere testes ampliores aut meliores aut crimen, quod in lege vetitum est testificandi, dicere hodie aut postmodum?*

[5] Marca col. 779: *Ille autem dixit: nihil habeo de infamia vel obiectu quod contra eos dicere debeam, pro quibus illi reprobi sunt aut illorum testimonium invalidum esse debeat.* Die Fragen über Anfechtung der Zeugenfähigkeit und über Anfechtung der Zeugenaussagen, welche nach den oben behandelten Urkunden des langobardischen Rechtes durch das Zeugenverhör geschieden sind, werden im westgotischen Verfahren unter einem und zwar nach dem Verhöre erledigt. Prinzipielle Bedeutung ist diesem Umstande nicht beizulegen.

[6] Die Stelle der vorigen Note fährt fort: *et dum haec dixisset, praecepimus illi, ut faceret exinde sua professione scriptis et sua manu propria firmasset sicuti et fecit.* Ein Beispiel einer solchen *evacuatio* genannten Urkunde Marca col. 780. Vgl L. Wisigoth. L. II t. IV § 7, Walter, C. J. G. I 454 i. f.

zeichnung *conditiones* oder *condictiones sacramentorum*, die Reihe der einzelnen Eidessätze heisst dem entsprechend *series conditionum*. „*Tunc iterum praecepimus scribere conditiones, ut ea quae ipsi testes, testificaverunt, ipsi testes ad seriem conditionum hoc iurare studerent*“ [1]. Die Zeugen schwören zum festgesetzten Termine vor dem Altare der Kirche, das Verzeichnis der Eidessätze in Händen. *Iuramus nos*, lautet die Schwurformel [2], *inprimis per deum patrem omnipotentem etc. . . . et per reliquias sancti . . . supra cuius sacrosancto altario has conditiones manibus nostris continemus vel iurando contangimus, quia nos . . . testes scimus et bene in veritate notum habemus et sapimus et oculis nostris vidimus et auribus audivimus et pre-*
[37] *sentes eramus* . . . (es folgen die Beweissätze) . . . *et ea quae scimus recte et veraciter testificamus per supra emissum iuramentum in domino.* Der volle Inhalt des Zeugnisses wird in den Schwur aufgenommen [3]. Die Zeugen sagen demnach zweimal aus, das einemal vor Gericht im Verhör, das andremal eidlich in der Kirche. Formlose und eidliche Aussage sind durch das Urteil geschieden, welches, auf Grund des Verhörs abgefasst, den Inhalt der letzteren in den *conditiones* Wort für Wort feststellt. Der Zeugeneid ist also auch hier assertorischer Natur. Nach abgelegtem Schwur werden die *conditiones* von den Zeugen [4], vom Gegner des Zeugenführers [5] und von den *auditores* gefertigt. In dieser Gestalt dienen sie zum Beweise des erstrittenen Rechtes; in ihnen verkörpert sich die *vis rei iudicatae* [6].

---

[1] Marca col. 779.

[2] Marca col. 798, a. 876 [Hübner nr. 400].

[3] Beispiele von *conditiones sacramentorum*: Vaissete I 55. 124 = (Mahul, Cartulaire de Carcassonne IV 71), Baluze II 1416, Marca Hisp. col. 798. 804 ff. [und Hübner nr. 231].

[4] Marca col. 805, a. 879 [Hübner nr. 415]: *et nos testes ea, quae scimus, et ipsas scripturas aliqui manibus nostris roboramus et aliqui signum nostrum impressimus.*

[5] Vgl. die Unterschriften in Marca col. 798.

[6] [Die Anwendung der *conditiones* ist altwestgotischer Brauch. Das Formular, wie es die Urkunden der karolingischen Zeit darbieten, zeigt zum Teile wörtlichen Anschluss an die in den *Formulae Wisigothicae* überlieferten *conditiones*. Siehe die Ausführungen Zeumers S. 592, Anm. 1 ff. seiner Ausgabe der Formulae.]

So hätten wir denn für das südöstliche und das südwestliche Grenzgebiet des fränkischen Reiches eine Form des Verfahrens nachgewiesen, die uns Anhaltspunkte genug bieten wird, um den Gegensatz von Zeugen- und Inquisitionsbeweis klarzustellen. Hierdurch ist uns aber die Untersuchung für die übrigen Stammesrechte wesentlich erleichtert, da von vornherein die Vermutung für uns spricht, dass das alte Beweisprinzip um so mehr in Kraft geblieben sei, je mehr wir uns von den romanischen Marken entfernen und dem Kerne der unvermischt gebliebenen Stämme nähern.

Auch nach den Urkunden des fränkischen Rechts stellt sich das Zeugenverfahren so, dass nur die oben gegebene Auslegung der Kapitularien sich damit vereinigen lässt. Salisches und ribuarisches Recht mögen in folgendem gemeinschaftlich behandelt werden, da einzelne Urkunden sich nicht mit Bestimmtheit dem einen oder dem andern zuweisen lassen und der Mangel an Material für das letztere eine urkundliche Feststellung etwaiger Unterschiede nicht zulässt.

Für die Anbietung des Zeugenbeweises diene die Formel Rozière 472 [Form. Senonens. rec. 3, Zeumer S. 212] als Beispiel. Ein Abt und dessen Vertreter vindizieren einen Eigenmann, [38]
der sich den Stand des Freien anmasst. Dieser leugnet. Die Kläger aber erklären: *quod testimonia homines Francos praesentare potebant, qui hic adstabant, quod (sc. quum) ipse colonus ipso comparaverat*[1] *et in suum servitium eum viderant deservire et per lege servus sancti illo esse debet.* Das Gericht erkennt sofort durch Urteil alter zweizüngiger Form auf den angebotenen Zeugenbeweis. Das formelle Beweisversprechen und das Verhör der Zeugen fanden erst nach dem Urteile statt. In Urkunde bei Pérard[2] nr. 15, a. 819 [Hübner nr. 220] wird dem Kläger durch Urteil auferlegt, dass er die Vorführung der Zeugen rechtsförmlich gelobe. „*Taliter Fredelono iudicatum fuit, ut tale testimonium adremisset in proximo mallo post quadraginta noctes, quem ipse comes in Augustidunense tenet, ut secundum legem suam Salicam adprobat, sicut superius postularit*“. Ebenso beweisen folgende Stellen, dass bereits die

[1] Welche zugegen waren, als ein Kolone der Kirche den Knecht von einem Franken erwarb.

[2] *Recueil de pièces curieuses pour l'histoire de Bourgogne* S. 34 ff. Soweit ich Pérard nur nach Nummern citiere, beziehen sich die Citate auf S. 34 ff.

Angelobung, die *arramitio*[1] des Zeugenbeweises, dem Urteile nachfolgt. Pérard nr. 19 [Hübner nr. 217]: *per iudicium testimonia arremivit.* Pérard S. 147, a. 867 [Hübner nr. 369]: *per iudicium escabineorum . . arramivit . . (ut) in proximo mallo, quod in V. et in A. ipsi missi tenent, ipse . . . cum sua testimonia adprobare faciat.* Das Urteil, durch welches auf den Zeugenbeweis erkannt wird, regelt zugleich die Rechtsfrage, es ist zweizüngig, also nicht etwa ein blosses Beiurteil. Pérard nr. 18, a. 816 [Hübner nr. 215]: . . . *decrev(er)it iudicium, ut tale testimonia aremissat*[2] *in proximo mallo post quadraginta noctes, quem ipsius comes in ipsa civitate tenet, qui hoc adprobavit (sc. adprobarent) sicut suus iudicius loquitur; aut faciat, quidem (!) lex est.*

Dem Urteile gemäss wird der Beweis- und Erfüllungsvertrag abgeschlossen. Der Zeugenführer gelobt, rechtsförmlich den Zeugenbeweis zu führen oder zu thun, was nach dem Urteile Rechtens ist, der Gegner verspricht, den Beweis entgegenzunehmen und für den Fall des Gelingens seinerseits das Urteil zu erfüllen[3].
[39] Nach Ablauf der Frist führt die Partei die von ihr gewählten Zeugen vor. „*Veniens Salicho . . . presentavit octo testes legitimos quorum nomina . .*“: Kindlinger[4] 217, a. 814 [Hübner nr. 202a, S. 111]. — „*Per iudicium dedit novem testimonia legitima, bonas et veraces*“: Pérard S. 14, a. 816 [Hübner nr. 213][5]. Die Produktion der Zeugen konnte übrigens auch schon vor dem Urteile stattfinden. Pérard nr. 17 [Hübner nr. 234]: *tales testes de presente presentavit . . . tunc ei iudicatum fuit, quod suos testes de presente habuisset, qui hoc adprobare potuissent*[6].

---

[1] Die Bedeutung von *adramire* erhellt aus Rozière 472 [Sen. rec. 3]: *sua testimonia homines septem . . . adcharmerunt, ut in crastinum die illos ibidem praesentare deberent.*

[2] So ist das *remissae* bei Pérard zu emendieren.

[3] Pérard nr. 18 [Hübner nr. 215]: *Dedit Maurinus fideiussorem . . . de sua presentia, quod si ipse Fredelum adprobat, faciat Maurinus partibus Fredelono quod lex est.*

[4] Geschichte der deutschen Hörigkeit.

[5] Vgl. noch Pérard nr. 16. 17. 18. 19 und Bouquet V 703, a. 759. Böhmer 14 [Mühlbacher 87].

[6] Nach § 12, Cap. l. Sal. add. a. 819, P. 226 [Cap. I 293] kann sogar der Kläger gleich bei Anbringung der Klage Zeugen produzieren. Der Beklagte verliert dadurch nicht sein näheres Recht zum Zeugenbeweis, denn wenn er davon Gebrauch macht, werden des Klägers Zeugen als Gegen-

Nach Prüfung der Zeugenfähigkeit, die wir unbedenklich hier einschieben können, wurde die *discussio, inquisitio testium*, das Zeugenverhör, der Neuerung der Kapitularien gemäss vorgenommen.

Während nach dem Verfahren der westgotischen Urkunden das Verhör vor dem Urteile und der gerichtlichen Ausfertigung der *condictiones sacramentorum* stattfindet, das Urteil also auf Grundlage der *discussio testium* ergeht, dehnt nach fränkischem Rechte das Gericht seine Thätigkeit durch die Vernehmung der Zeugen auf das Verfahren nach dem Urteile aus. Pérard nr. 18 (Hübner nr. 215) schliesst mit dem Beweisvertrage der Parteien. Unmittelbar darauf, Pérard 19 [Hübner nr. 217], folgt die Notitia über die Ableistung des in Pérard nr. 18 aufgetragenen Zeugenbeweises. „*Fredelus in ecclesia sancti Iohannis in ipsa civitate, ubi alia sacramenta percurrunt, ante ipsos missos duodecim testimonia praesentavit his nominibus . . . Ipsa testimonia . . . discussi fuerunt et super ipso altario . . . iurati dixerunt . . .*“

Der Gegensatz zwischen formloser Aussage, wie sie dem Verhör entspricht, und eidlichem Zeugnisse wird in den Urkunden mit genügender Deutlichkeit betont. Rozière 472 [Sen. rec. 3]: *Ipsi homines sic testimoniaverunt, quod per lege servus sancti illius aderat debitus, et quomodo hoc testimoniaverunt super altario sancti illius in illa capella . . . ubi reliqua sacramenta soluta sunt, iurati dixerunt.* — Pérard S. 14: *testimoniaverunt et iurati perporta-* [40] *verunt.* — Pérard nr. 17: *Isti unanimiter testimoniaverunt, quod . . . plus est drictus ad ancilla essere . . . quam ingenua. Tunc super illas sanctas reliquias perfecerunt, quod veri testes exinde erant.* — De Courson, Cartulaire de Redon nr. 124, a. d. J. 832—840 [Hübner nr. 313]: *Testificaverunt XIII Franci . . . atque iuraverunt in altare sancti Petri, quod sic esset verum et iudicaverunt scavini, quod digni erant supradicti viri ad testificandum et ad iurandum.*

Die zwei zuletzt angeführten Stellen legen den Gedanken nahe, dass die Eidesformel nach Analogie des langobardischen Verfahrens nur eine Wahrheitsversicherung mit Beziehung auf die im Verhör gemachten Aussagen enthalte. Allein abgesehen von Ro-

---

zeugen behandelt, deren Produktion anticipiert worden. Da einer von diesen Zeugen kämpfen musste, so hat die Klage mit Zeugen allmählich den Charakter einer Duellklage angenommen.

zière 472, Pérard nr. 19, Kindlinger 217, mit deren stilistischer Fassung sich diese Annahme nicht wohl verträgt, liefern folgende Eidesformulare den bestimmten Beweis des Gegenteils. *Unde Fredilus Adelardo malavit, quod servus . . . essere debuisset . . . (ut) dricto plus debet esse servus . . . . quam ingenuus et sicut in istum iudicium insertum est, nos veri testes sumus et verum testimonium exinde portamus, sic nos deus adiutor sit et iste sanctus:* Pérard nr. 16. — *Iurati dixerunt, quod(:) nos vidimus . . . Madaleno servire ad servo . . . sic deus noster adiutor sit et iuste sentientes nos veri testes sumus et verum testimonium perportamus*: Pérard nr. 19. — Der Zeugeneid hat somit seinen alten Charakter behalten, ohne durch das nunmehr vorausgehende Verhör beeinflusst worden zu sein. Die Beweissätze des Urteils sind zugleich die Eidessätze. Nachdem die Zeugen sie wiederholt haben, erklären sie zum Schluss unter Anrufung der Gottheit: *exinde veri testes sumus et verum testimonium perportamus.* Die Wahrheitsversicherung wird im Präsens gegeben, während die blosse *firmatio* sich auf das Zeugnis als ein bereits früher abgelegtes bezieht. *(Sicut testimonium reddidimus, fuit veritas.)* Aus dem Streben nach Kürze des Ausdrucks erklärt es sich zur Genüge, dass einzelne Urkunden die Aufnahme der Beweissätze in den Zeugeneid mit Stillschweigen übergehen.

Das den Rechtsstreit entscheidende Urteil wurde, wie wir gesehen, vor Beginn des Zeugenverfahrens gefällt. Doch war es bei den Franken Sitte geworden, sich vom Gerichte nach Führung des Beweises [eine Gerichtsurkunde] über den Ausgang des Beweisverfahrens geben zu lassen, welche zwar nicht notwendig, aber
[41] behufs grösserer Sicherheit zweckmässig schien[1]. Rozière 481 [Formulae Merkel. 28] (salisch): *Proinde oportunum fuit ipsi illi, ut alio* [corr. *tale*] *iudicio bonorum hominum vel ipsius comitis manus firmatas exinde accipere deberet.* Rozière 486 [Formulae Merkel. 27]: *Proinde oportunum fuit ipsi illo, ut . . . iudicium sacramentale bonorum hominum vel ipsius missis manus firmatas exinde accipere deberet*, des Inhalts, dass er den angelobten Beweis geführt habe. Ebenso fasse ich Kindlinger S. 217 [Hübner nr. 202a, wo auf Grund des Zeugenbeweises ein deklaratorisches Urteil der Schöffen

---

[1] Am Königsgerichte war dies bereits frühe üblich geworden. Vgl. Pardessus nr. 478, a. 710 [Hübner nr. 55].

erging]: *Hinc scabini tale testimonium in veritate perpendentes viva voce unanimiter iudicaverunt, quod praefata captura omni tempore . . . esset vindicata, atque legitime conquisita coram his iudicibus* . . . Dass in diesem Falle dem Zeugenverfahren ein Urteil im alten Sinne vorausgegangen, ergeben die Worte: *hi iuraverunt et per iudicium testificaverunt*. Von dem Verfahren, welches vor der Produktion der Zeugen stattgefunden hatte, erzählt uns die Urkunde nichts. In ihr ist uns nur das Protokoll über den zum Zeugenbeweise angesetzten Gerichtstag erhalten.

Urkunden, die burgundisches Verfahren unzweifelhaft enthalten, stehen mir nicht zu Gebote.

Ebensowenig vermag ich für das schwäbische Recht den Gang des ordentlichen Zeugenverfahrens aus Urkunden zu belegen. Doch tritt im Gebiete dieses Stammesrechtes die Eigenart des Inquisitionsbeweises zu klar zu Tage, als dass an eine Identität mit dem Zeugenbeweise zu denken wäre.

Für friesisches und sächsisches Recht können wir die Belege insofern vermissen, als sich dafür auch keine Inquisitionsurkunden finden.

Schwieriger steht die Sache für das bayrische Volksrecht. Der Inquisitionsbeweis ist in den bayrischen Urkunden, namentlich bei Meichelbeck, in überwiegendem Maasse vertreten. Dass wir aus solchen Urkunden für das ordentliche Zeugenverfahren nichts entnehmen können, werde ich in der Folge erweisen. Jene, die gerade hieraus ihre Belege für den Zeugenbeweis schöpften, wie Lud. Maurer[1] und Jak. Grimm[2] u. a., haben einen Fehlgriff gethan. In keinem Volksrechte steht der Zeugenbeweis so weit vom Inquisitionsbeweise ab, als nach der Lex Baiuwariorum, der zufolge [42]
von mehreren Zeugen immer nur einer, und zwar der durch das Los erkorene, den Zeugeneid leistet. Allein diese Art des Verfahrens vermag ich durch Urkunden nicht zu belegen. Eine schwache und undeutliche Spur bietet eine Aufzeichnung im Codex Pataviensis antiquissimus aus den Jahren 785—797, Monumenta Boica XXVIIIb 23, nr. 25 [Hübner nr. 138]: *Et per ipsum sacramentum voluit iurare Into castaldius cum sacramentalibus*[3] *suis, cum Amm*

[1] Gesch. des altgermanischen Gerichtsverfahrens S. 85, § 71.

[2] Rechtsaltertümer S. 859.

[3] Lex Baiuw. LL. III, 3. Text, XVI 6: *Donet arma sua ad sacrandum (testis) et per ea iuret ipsum verbum cum uno sacramentale.*

et Snellin et Altrate et cum ceteris, ut e(a)dem causa fuissent videntes et firmantes[1].

Ob sich die Bestimmung der Lex Baiuwariorum auch den Kapitularien gegenüber gehalten, die ein Verhör der einzelnen Zeugen vorschreiben, wage ich nicht zu entscheiden. Ich bezweifle es. In Meichelbeck nr. 487, a. 825 [Hübner nr. 250] schwören die Zeugen insgesamt. „. . *tunc iuraverunt in reliquiis W.* . . . (und elf andre), *ut illi eum de suo avo et matre servum scirent sancti esse Zenonis vel sui parentes. Post sacramento iuramenti diiudicaverunt populi et scabini constituti* . . .“ Dass wir es hier mit einem Zeugenbeweise zu thun haben, ergibt sich aus der assertorischen Eidesfigur.

In diametralem Gegensatz zu den Rechtsgewohnheiten der deutschen Stämme stand das Zeugenverfahren der nach römischem Rechte lebenden Bevölkerung des fränkischen Reiches. Abgesehen davon, dass das ganze Beweisprinzip ein andres war, tritt ein Unterschied in Bezug auf den Zeitpunkt der Beeidigung der Zeugen zu Tage. Während der deutsche Zeugeneid assertorisch geschworen wurde, legten die Romanen vor der Vernehmung einen promissorischen Eid ab. L. 9, Codex Just. IV, 20 (L. 3, Cod. Theodos. de fide testium XI, 39): *Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium iam dudum arctari praecepimus et ut honestioribus potius fides testibus habeatur.* Es galt dies nicht nur für das Kriminal-, sondern auch für das Zivilverfahren. L. 16, Cod. Just. l. c.: *Constitutio iubet non solum in criminalibus iudiciis sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere de his quae novit cum sacramenti praestatione vel iurare se nihil com-*
[43] *pertum habere.* Dass diese Bestimmungen bei der im fränkischen Reiche lebenden römischen Bevölkerung in Kraft geblieben sind, ergibt sich aus Lex Romana Curiensis[2] XI, 13, Walter, C. J. G. III 734 [LL. V 386], welche die der lex 9 cit. entsprechende Stelle des Breviarium Alaricianum folgendermassen kommentiert: *Quicumque homines ad sacramenta danda ante iudices venerint, antequam de ipsa causa interrogentur, iurati dicant, ut in nulla falsitatem non iurent*

[1] Ein Zeuge entscheidet in Ried, Codex dipl. Ratisp. I 24, nr. 23, a. 822 [Hübner nr. 241]. Doch ist hier von keinem Schwur die Rede und der Fall ein ausserordentlicher, da der Zeugenbeweis von den Parteien gewillkürt wurde.

[2] Vgl. über dieselbe Stobbe, Rechtsquellen I, § 18.

sed quod rectum sciunt dicant. Sic postea iudex quem[1] *honestiores et meliores et plus iustas personas viderit, nisi si minor numerus sit, ipsa pars iurare debet.*

3. Ueber die Prozessvorrechte im allgemeinen, über das Reklamationsrecht insbesondere.

Wie bei den Germanen öffentliches und Privatrecht in innigster Wechselwirkung stehen, so gelangt die politische Bedeutung des Königtums auch in seiner privatrechtlichen Sphäre zum Ausdruck. Von alters her geniesst das Königsgut, welches Staats-, Kron- und königliches Privatgut ungeschieden umfasst, bei allen germanischen Stämmen eine rechtlich bevorzugte Stellung. Eingriffe in die Vermögensrechte des Königs werden mit erhöhter Busse gesühnt. Der doppelten Busse, mit welcher im langobardischen Recht das Königsgut geschützt war, wird mit scheinbarer Konsequenz in Liutprand 78 die Verdoppelung der gemeinen Verjährungsfrist an die Seite gestellt. Der höhere Friede, welcher das Königtum umgab, teilte sich jenen mit, die zu demselben in näherer Beziehung standen. Personen, die der König in sein Gefolge aufgenommen, waren durch erhöhtes Wergeld ausgezeichnet. Es ist bekannt, wie bei den Franken das Gut des Königs frei war von öffentlichen Lasten und Abgaben, und dass die Ausdehnung dieser Freiheit den bedeutungsschweren Keim für die Entwickelung der späteren Immunitätsverhältnisse in sich trug. So wie das Königsgut in öffentlich- und privatrechtlicher Beziehung sich über den allgemeinen Rechtszustand heraushob, so bildeten sich für dasselbe auch [14]
im Gerichtsverfahren eigentümliche Vorrechte aus. In den Volksrechten tritt eine prozessuale Ausnahmestellung des Königsgutes noch nicht zu Tage. Doch finden sich vereinzelte Spuren, wie der persönliche Einfluss des Königtums den strengen Formalismus des alten Rechtes stellenweise durchbricht, indem für gewisse Klassen der Bevölkerung und einzelne Personen, namentlich jene, die in besonderer Beziehung zum König stehen, eine freiere und leichtere Bewegung vor Gericht möglich gemacht wird.

1. Durch Lex Ribuariorum LVIII, 19 — bekanntlich lebte das karolingische Königshaus nach ribuarischem Volksrechte —

[1] *qua parte . . . viderit . . . ipsam partem . . . .*

wurden die Schutzpflichtigen des Königs und der Kirche von dem drückendsten Formalismus befreit, welchem der Beklagte bei seiner Verantwortung unterworfen war. Der Kläger musste ihnen gegenüber die feierliche Beteuerung des Klagvorwurfs unterlassen. Er durfte sie nicht tanganieren, d. h. nicht „beschwören, ihm die Antwort auf die Klage Wort für Wort an den Stab zu sagen“[1]. Hiermit aber war ihnen das wichtige Recht einer freien Beantwortung der Klage gegeben. Denn das Tangano des Klägers zwang den Beklagten, die Klage Wort für Wort zu negieren oder zuzugestehen und schloss jedes „Aber“, jede Einwendung im technischen Sinne aus. Eigenleute des Königs und der Kirche konnten nach L. Rib. LVIII, 20 in eigener Person vor Gericht auftreten, ohne also der Vertretung durch die ihnen vorgesetzten Gutsverwalter zu bedürfen[2]. Hatten sie Eide zu schwören, so waren sie in Bezug auf den Wortlaut des Eides, der sonst vom Kläger vorgestabt wurde, gleichfalls vom Zwange des Tangano befreit.

2. Nach ribuarischem Volksrechte konnte man nicht nur die formelle Echtheit einer Urkunde anfechten, sondern auch behaupten, dass ihr Inhalt dem wahren Sachverhalte nicht entspreche, dass demnach der Schreiber und die unterfertigten Zeugen gelogen hätten. In solchem Falle haben diese die Wahrheit des Inhalts
[46] durch ihren Eid zu erweisen, der unter Umständen durch die Aufforderung zum Zweikampf verlegt werden konnte[3]. Der Königsurkunde gegenüber war eine derartige Anfechtung, die nicht gegen die Echtheit des Dokuments, sondern gegen die Wahrheit der darin enthaltenen Relation sich richtete, nach Lex Ribuariorum LX, 6 strenge verpönt. Wer eine Königsurkunde der Lüge zeiht, soll mit dem Tode bestraft werden. Die Königsurkunde lieferte demnach, wenn einmal ihr Charakter als solche feststand, einen unanfechtbaren Beweis, während eine Privaturkunde diese Sicherheit nicht zu bieten vermochte.

3. In Bezug auf gerichtliche Stellvertretung verhalf die spezielle königliche Ermächtigung zu einer Befugnis, die nach ge-

---

[1] Siegel a. O. S. 131 ff.

[2] Vgl. § 22, C. Theod. vill. 805, P. 134 [Cap. I 125 f.]: *de liberis hominibus, qui uxores fiscalinas regias .... accipiunt, ut ..... nec de testimonio pro hac re abiciantur, sed talis etiam nobis in ac causa honor servetur, qualis et antecessoribus nostris regibus vel imperatoribus servatus esse cognoscitur.*

[3] L. Rib. LIX, 1. 2. 4.

meinem fränkischen Rechte nicht begründet war. Es entspricht ganz und gar dem Charakter des ältesten deutschen Rechts, wenn eine Vertretung vor Gericht, soweit es sich um gerichtsfähige Personen handelte, überhaupt nicht gestattet war. Allein schwierig ist es zu sagen, inwieweit dieser Grundsatz in merowingischer Zeit sich bereits abgeschwächt hatte. Soviel steht fest, dass unbefugte Vertretung einer Partei den Vertreter bussfällig machte, dass aber andrerseits die Bestellung eines Vertreters rechtlich möglich war. Die Vertretung wurde vor Gericht durch formellen Vertrag „*per festucam*“ übertragen. Die Uebertragung hiess *commendatio*, der Vertreter *mundboro*. Die Vertretung war aufkündbar. In dem Placitum bei Pardessus nr. 431, a. 693 [Hübner nr. 38] wird Amalrich, der Sohn Amalberts, einer Partei, welche im Königsgerichte von ihrem Gegner solsadiert worden, in eine Busse von 15 Solidi verurteilt, weil er, ohne zur Vertretung seines Vaters befugt zu sein, gegen die *solsadia* protestiert hatte[1]. Dieselbe Strafe wird für diesen Fall in Lex Salica LXXVI [Hessels 77] bestimmt *de eum qui causa alinea dicere praesumpserit.*

Was nun die Bedeutung der königlichen Ermächtigung betrifft, so dürfte zu unterscheiden sein, erstens ob die Vertretung vor dem Gaugerichte oder vor dem Königsgerichte statthaben soll [46]
und zweitens ob die Bestellung des Vertreters sich nur auf einen bestimmten Prozess oder als Generalvollmacht auf alle Rechtsangelegenheiten des Vertretenen bezieht. Für die Vertretung ad hoc im Gaugerichte können wir die Notwendigkeit königlicher Ermächtigung unbedenklich annehmen. „Eine Uebertragung der Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten an einen anderen . . . bedurfte“ — nach fränkischem Rechte — „wie es scheint, der königlichen Einwilligung.“ So äussert sich über diese Frage Roth, Benefizialwesen S. 161, dem ich hierin vollkommen beipflichte. Die von ihm angeführte Stelle, Marculf I, 21, macht seine Annahme mehr als wahrscheinlich. *Fidelis noster ille . . . suggessit nobis eo quod propter simplicitatem suam causas suas minime possit prosequere*

[1] *Interrogatum fuit Amalrico . . . quo ordine in ac causa introire volibat. Sed ipsi Amalricus nulla evidenter potuit tradire racionem, qualiter in ac causa structus advenisset, nisi inventum fuit, quod contra racionis ordinem ipsa sulsadina contradixissit vel in ac causa introissit.* Ungenau Roth, BW. S. 164: der Vertreter des Amalbert, sein Sohn Amalrich. Als Vertreter Amalberts war Ermechar *inluster vir, ejus mundboro* bestellt.

vel admallare . . . petiit, ut inluster vir ille omnes causas suas in vice ipsius tam in pago quam in palatio nostro admallandum prosequendumque recipere deberet, quod in praesenti per fistucam eas eidem visus est commendasse. Propterea iubemus, ut dum taliter utrisque decrevit voluntas memoratus ille vir omnes causas lui ubicunque prosequere vel. admallare deberet, ut unicuique pro ipso vel hominibus suis . . . et directum faciat et ab aliis simili modo veritatem accipiat. Das *praeceptum regis* musste, wie aus der Motivierung der Bitte hervorzugehen scheint, die im Königsgerichte vorgenommene *commendatio* ergänzen. Auf königliche Ermächtigung weisen auch Stellen wie Pardessus nr. 431 [Hübner nr. 38]: *ordenante illustri viro Nordeberctho, qui causas ipsius orfanolo (Ingramio) per nostro verbo et praecepto videtur habire receptas* ... Pardessus l. c.: *nec venisset ad placitum . . . ipso mundeborone suo (Amalberti) . . . Ermechario, quem per ipsas (regias) precepcionis habuit achramitum.* [Ein Beispiel eines königlichen Vertretungsprivilegs bietet die Urkunde Chlothars III. vom Jahre 667 für den Abt Waldalenus von Beze, Pardessus nr. 356, Hübner nr. 32.][1]

4. Die Lex Salica stellt in Titel XCVI [Hessels 106], der die Ueberschrift trägt *de antrustione ghamalta (admallato),* für die Gefolgsleute des Königs ein eigenes Gerichtsverfahren auf. Ein Antrustio darf den andern nicht mannieren, er muss ihn in Gegenwart von Zeugen ersuchen *(rogare)*, dass er sich vor Gericht stelle. Er kann ihn rogieren, wo er ihn findet, während die *mannitio* stets in der Behausung des Beklagten stattfinden muss. Ein Antrustio
[47] darf bei Busse von 15 Solidi gegen seinen Genossen keinen Zeugeneid schwören. Der Kläger muss seine Anklage durch einen Voreid erhärten, der mit einer bestimmten Zahl von Eideshelfern geleistet wird, welche der Beklagte überbieten kann. Wegen fortdauernder Kontumaz findet Ladung vor das Königsgericht und äussersten Falles Friedloslegung statt, die im ordentlichen Verfahren dieser Zeit bereits der unmittelbaren Zwangsvollstreckung gewichen war[2].

5. Handelt es sich in diesem Falle um Prozessvorrechte in Streitigkeiten zwischen den königlichen Gefolgsleuten selbst, so

---

[1] Vgl. H. Brunner, D. RG. II 353 f.

[2] L. Sal. LXXVII § 7 [Hessels 78, 7]. Novelle 19 zu Tit. LVI [Hessels 56, Cod. 2].

geht das langobardische Recht in der prozessualen Bevorrechtung derselben noch einen guten Schritt weiter. Ratchis 14 enthält ein Privileg für die Gasindionen, sofern ein *homo arimannus,* ein Vollfreier, der nicht im Gefolge des Königs steht, ihnen gegenüber einen Rechtsanspruch geltend machen will. Dass die persönliche Verbindung des Gasindionen mit dem König das Motiv der Satzung sei, drückt diese selbst mit folgenden Worten aus: *De gasindiis quidem nostri ita statuere, ut nullus iudex eos opremere debeant, quoniam nos debemus gasindios nostros defendere.* Wenn ein Arimanne sich vor seinem Richter gegen einen Gasindionen beschwert, so hat diesen der Richter mündlich oder schriftlich aufzufordern, dass er sich in der streitigen Sache selbst sein Urteil spreche *(ut iudicet ipse).* Ist der Gasinde des Rechtes nicht kundig, so ziehe er welche von seinen rechtskundigen Genossen herbei und finde mit ihrer Hilfe dem Rechte gemäss das Urteil in eigener Sache und erfülle dieses Urteil, auf dass der Arimanne nicht beschwert werde. Vor jener Aufforderung hat kein Richter das Recht, ohne besonderen Befehl des Königs über die Güter des Gasindionen gerichtlichen Verspruch zu verhängen oder ihn pfänden zu lassen. Nur dann, wenn der Gasinde der richterlichen Aufforderung nicht nachkommt oder das Urteil desselben ein widerrechtliches ist, soll gerichtlicher [48] Zwang dem Arimannen zu seinem Rechte verhelfen. Jener hat sich dem „*iudex*" zu stellen und dieser den Rechtsstreit zu entscheiden *(iudix emittat iudicatum suum).* Allein „*si postea ei (gasindioni) apparuit, quod legibus non iudicasset, veniat cum ipso iudicato in presentia nostra*".

6. Um des Zusammenhangs willen gestatte ich mir, die Grenze der vorkarolingischen Periode zu überschreiten und noch eine Stelle aus einem Kapitular Lothars von 822/3, P. 233, c. 13 [Cap. I 320, c. 3] zu erörtern, welche, wenn auch teilweise in allgemeinen Ausdrücken gefasst, einen prozessualen Vorrang der königlichen Vassallen statuiert. „*His . . qui se nobis commendaverunt aut in futurum commendaverint, volumus specialiter hoc honoris privilegium concedere prae ceteris liberis, ut in quocumque loco venerint sive at placitum vel ubicumque, omni honore digni habeantur et caeteris anteponantur. Et quidquid ad querendum habuerint absque ulla dilatione iustitiam suam accipere mereantur.*" Wer gegen den Vassallen eines solchen zu klagen hat, wende sich zuerst an den Senior, erst wenn dieser das Recht verweigert, tritt der Zwang der ordentlichen Gerichte ein.

7. Wenn nach jüngerem Rechte die Geistlichen befreit sind von der gerichtlichen Eidespflicht, so erscheint dies bereits als ein allgemeines Standesvorrecht, das auf kanonischer Satzung beruht. Allein der Ausgangspunkt dieses Vorrechtes dünkt mir ein anderer zu sein. Die Entwickelung desselben nahm wenigstens in Italien einen ähnlichen Weg, wie sonst vielfach die der kirchlichen Standesprivilegien. Was später allgemeines Recht geworden, war ursprünglich Ausfluss des königlichen Mundiums. Aistulf 19 bestimmt, dass Aebte von Klöstern, die unter Königsschutz stehen *(ad defensionem sacri palatii esse noscuntur)*, von einem *iudex* beklagt, eidespflichtig seien. Sonst aber sollen sie den Langobarden gegenüber keinen körperlichen Eid leisten, sondern es sollen nur die Eideshelfer des Abtes[1] schwören. Auf diese Bestimmung bezieht sich noch eine Urkunde angeblich Ludwigs des Frommen für Vincenzo di Volturno von 819[2]: *„et nullus audeat abbates vel monachos eius-*
[149] *dem coenobii ad iurandum quaerere, quia contra divinam credimus esse legem*[3]. *Sed per scariones omnibus temporibus finem faciant sicut prisca consuetudo fuit"*[4]. Das Motiv der Verfügung war im Laufe der Zeit ein anderes geworden.

Die Befreiung von der Eidespflicht erscheint im Capit. Karlom. Vern. a. 884, P. 550 [Cap. II 371] als anerkanntes Vorrecht der königlichen Vassallen. Nicht sie selbst, sondern die angesehensten ihrer eigenen Vassallen haben für sie den körperlichen Eid zu leisten. § 11 a. O.: *„Honorem enim talem nostris vassis dominicis concedimus, ut ipsi non sicut reliqui manu propria sacramentum iurent, sed melior homo illorum et credibilior illud agere non differat"*[5].

---

[1] So verstehe ich das *anteponatur ipse abas solus*. [Vgl. die Anmerkung von Boretius zu Cap. Mantuanum secund. c. 1, I 196.]

[2] Muratori, SS. Ib 371 [Mühlbacher nr. 661].

[3] Dieser Stelle geht eine direkte Beziehung auf Aistulfs Edikt voraus: *neque aliquis per parentum possessiones eius hereditates residere audeat, sicut Aistulfus rex Langobardorum constituit de ecclesiis.*

[4] Der Schlusssatz mahnt an Aistulf 20: *per sacramentum ovescarioni cum actoribus finiantur (causae curtis regiae).* [Der ganze Passus beruht auf einer Interpolation. Siehe Mühlbacher nr. 661.]

[5] [Ueber die Befreiung der fiskalischen Vögte und der Priester vom Voreide siehe H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II 344.]

Man pflegt ohne weiteres anzunehmen, dass das Verfahren im Königsgerichte dasselbe gewesen sei wie das im Gaugerichte. Abgesehen davon, dass eine solche Annahme zum mindesten gewagt erscheint, so lange weder jenes noch dieses genau ergründet ist, glaube ich das Axiom aus bestimmten Gründen bestreiten zu müssen. Auf die salische Rechtsgewohnheit, dass der vor das Königsgericht geladene Gegner drei Tage lang ausgewartet werden muss, ehe er kontumaziert werden kann, will ich kein besonderes Gewicht legen. Die dem höheren Banne des Königs entsprechend erhöhten Prozessbrüche sind auf den Gang des Verfahrens wenn auch faktisch, so doch juristisch ohne Einfluss. Neben der ausschliesslichen Inquisitionsgewalt des Königs, die es unten zu erweisen gilt, sind für mich zwei Stellen der Lex Alamannorum entscheidend, von welchen die erstere unbedenklich von der Stellung des Herzogs auf die des Königs schliessen lässt. L. Al. Hloth. XLII, 1 (Landfr. XLI, 1; Karol. XLII): *Si quis interpellatus ante* [50] *ducem de qualecumque causa, quod iam manifestum est tribus vel quatuor testibus, aut de homicidio aut de furto aut de aliquo neglectu, quod illi testantur qui boni testimonii sunt in plebe . . . cognuscat hoc iudex. Tunc licenciam ille homo (mallatus) . . . de causa illa potestatem iurandi non habeat sed . . . persolvat.* Vor dem Herzog und nur vor diesem soll Ueberführung in Kriminalsachen zulässig sein, und zwar durch Zeugen, deren Aussage der Judex prüft, um auf Grund derselben zu entscheiden. L. Al. Hloth. LXIV, 1: *Si quis liber liberum crimen aliquod, quod mortale, inposuerit et ad regem aut ad ducem eum accusaverit et exinde probata res non est, nisi quod ipse dicit, liceat illum alium cui crimen inposuit cum tracta spada exoniare se contra illum alium.* XLIV, 2: *de minoribus autem culpis sicut duci placet ita fiet inter eos.* Lagen genügende Zeugenaussagen nicht vor, so war das Verfahren am Königs- und Herzogsgerichte insofern ein ausserordentliches, als der Zweikampf von der Wahl des Beklagten und nicht bloss von der Herausforderung des Klägers abhing[1]. Bei Sachen, die nicht an den Hals gingen, stand es dem Herzog (nicht etwa dem Judex und den übrigen Urteilfindern) frei, im einzelnen Falle das Beweismittel zu bestimmen[2].

---

[1] Der regelmässige Gang ist der, dass der Beklagte sich zu vollem Eide erbietet, welchen der Kläger durch kampflichen Gruss verlegt.

[2] [Die in der ersten Auflage im folgenden angeführte Urkunde Mühl-

[Als Besonderheiten des königsgerichtlichen Verfahrens erscheinen ferner die eigentümliche Ladung durch königlichen *indiculus*[1], der Rechtssatz, dass es im Bedürfnisfalle die prozessualische Stellvertretung zulassen konnte, und die Anwendung eines unanfechtbaren Gerichtszeugnisses[2].]

[51] Fällt nach alledem die Behauptung, dass das Verfahren im Königsgerichte notwendig dasselbe war wie im Gaugerichte, so bietet sich uns freier Spielraum für die Erklärung der *„reclamatio ad regis definitivam sententiam"*, eines prozessualen Vorrechtes, welches die Befreiung vom Formalismus des gaugerichtlichen Rechtsganges zum Zwecke hat.

Die merowingischen und karolingischen Mundbriefe enthalten eine eigentümliche Schlussformel, der zufolge die unmittelbare persönliche Beziehung des Schützlings zum König auch in den Rechtshändeln des ersteren zur Geltung kommen soll. Die Urkundenformeln drücken diesen Gedanken in verschiedener, aber doch ziemlich gleichartiger Fassung aus. Marculf I, 24, Rozière 9: *Si aliquas causas adversus eum vel suo mitio surrexerint, quas . . . absque eius grave dispendio definitas non fuerint, in nostri praesentia reservetur.* Marculf Add. 2, Rozière 10: . . . *quas in pago absque suo iniquo dispendio recte definitas non fuerint, eas usque ante nos omnimodis fiant suspensas vel reservatas et postea ante nos per legem aut iustitiam finitivam accipiant sententiam.* Cart. Senon. 28, Rozière 11: . . . *talis causa ante nos fenitivam accipia(n)t sententiam.* Form. imperial. 32, Rozière 12: . . . *qualiter secundum aequitatis et rectidudinis ordinem finitivam accipiant sententiam.* Form. imper. 41, Rozière 13: . . . *et nemo eis ad nos veniendi facultatem contradicere praesumat.* Form. imper. 55, Rozière 15: . . . *ut usque ad nostram aut missorum nostrorum praesentiam sint suspensae.* Form. imper. 37, Rozière 30: . . . *usque ad praesentiam nostram vel missi illius, quem super ea et alios negotiatores nostros praeponemus* . . .[3].

---

bacher nr. 1553 von angeblich 880 ist auf Grundlage eines Diploms Ottos I. gefälscht worden. Abgesehen davon kann ihr Inhalt nach dem, was Ficker, Forschungen II 16, Anm. darüber bemerkte, hier nicht mehr in Betracht kommen.]

[1] [H. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte S. 76 f.]

[2] [H. Brunner, Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde in den Festgaben für Heffter 1873, S. 149 ff.]

[3] Vgl. Sickel, Beiträge znr Diplomatik III, Die Mundbriefe, Immunitäten und Privilegien der ersten Karolinger, Sep.-Abdruck aus den Sitz.-Ber.

Nach dem Wortlaute dieser Formeln wird der Schützling [52] befugt, seine Rechtssachen aus dem Gaugerichte vor das Königsgericht zu bringen. Allein unbeantwortet lassen die Mundbriefe die Frage, warum denn dies ein besonderes Vorrecht sei, d. h. inwiefern jene Bestimmungen sich abheben von den Normen des gewöhnlichen Gerichtsverfahrens. Die rechtsgeschichtliche Forschung hat diesen Punkt bisher noch nicht aufgeklärt. Auch Waitz lässt die Frage offen. Nach VG. IV 228 geniessen alle, die in den Königsschutz aufgenommen, gewisse Vorzüge im gerichtlichen Verfahren; es sollen nämlich (VG. IV 410) ihre Sachen, wenn sie (im Gaugerichte) nicht die rechte Erledigung finden, vorzugsweise an den König gebracht und hier entschieden werden. Mit jenem „vorzugsweise“ kann die Geschichte des Gerichtsverfahrens sich nicht begnügen. Diese will kein historisch-politisches, sondern ein juristisches Merkmal. Am eingehendsten hat Sickel in seinen Beiträgen zur Diplomatik III 91 ff. den Gegenstand behandelt. Mit Recht sieht er in jener Schlussformel das wichtigste Vorrecht, das durch die Schutzbriefe zugesichert wurde, insofern es im praktischen Leben die wirksamste Seite des Schutzes darbieten musste. Doch ist auch er, wie er selbst erklärt, „zu einer klaren Vorstellung des Verhältnisses, zur Erkenntnis dessen, was dasselbe von analogen Verhältnissen unterscheidet, nicht gekommen“. Sickel hat den Weg vorgezeichnet, welchen die rechtsgeschichtliche Untersuchung einzuschlagen hat, indem er zu dem Resultate gelangte, dass die Mundbriefe aus sich selbst heraus sich nicht erklären lassen, so lange wir nicht wissen, wie ihre Schlussbestimmung sich zu dem Verfahren verhält, das in merowingisch-karolingischer Zeit bei Scheltung des Urteils Platz griff. Dieses Verhältnis soll hier ins Auge gefasst werden. Entschuldigt sei diese Abschweifung, die mich etwas weit von meinem Gegenstande abträgt, durch den Umstand, dass späterhin eine Erörterung über den Zusammenhang von Reklamations- und Inquisitionsrecht nötig wird, die eine klare Erfassung des ersteren zur Voraussetzung hat.

Wenn im altdeutschen Gerichtsverfahren die Partei sich mit dem Urteil nicht zufrieden gibt, *si se adquiescere non vult,* wie der technische Ausdruck der Volksrechte lautet, so muss sie es vor

---

d. W. Ak. XLVII 14 ff. 80 ff. [H. Brunner, Mithio und Sperantes in der Festgabe für Beseler 1885, S. 4 ff.]

[53] Erteilung der Vollbort schelten. Diese Scheltung bestand in einer Klage gegen die Urteiler, dass sie gegen das Recht geurteilt hätten. Der Beweis über die Rechtmässigkeit des Urteils wurde durch das Ordal des Zweikampfes erbracht. Die Scheltungsklage war eine kampfbedürftige Klage. Die unterliegende Partei hatte jedem der Rachineburgen, beziehungsweise jeder der letzteren dem siegenden Kläger Busse zu zahlen. Der Prozessgegner des Urteilschelters nahm an diesem Incidentstreite in keiner Weise thätigen Anteil. So wurde noch nach dem Sachsenspiegel das gescholtene Urteil an die rechte Hand und die mehrere Menge gezogen. Unter den Karolingern waren diese Grundsätze im allgemeinen in Kraft geblieben. Doch war der Zweikampf nicht mehr ausschliessliches Beweismittel im Scheltungsverfahren und konnte die Klage wegen ungerechten Urteils im Königsgerichte angebracht werden[1].

Von der Scheltungsklage, die vor das Königsgericht gezogen wurde, ist zu unterscheiden: erstens die vor dem Königsgerichte erhobene Klage, dass das Gaugericht dem Verlangen nach rechtlicher Entscheidung einer Sache überhaupt nicht entsprochen habe, die Klage wegen Justizverweigerung, und zweitens die Berufung auf den Spruch des Königsgerichtes, die ohne Scheltung des gaugerichtlichen Urteils eingelegt wurde, die *reclamatio ad regis definitivam sententiam.* Eine Prüfung der einschlagenden Kapitularien soll die Unterscheidung rechtfertigen und des weiteren ausführen.

§ 7, Cap. Pippini, incerti anni, P. 31 [Cap. I 32]: *Si aliquis homo ad palacium venerit pro causa sua et antea ad illum comitem non innotuerit in mallo ante racemburgiis — aut de causa sua ante comitem in mallo fuerit ante racemburgiis et hoc sustinere noluerit, quod ipsi ei legitime iudicaverint; si pro ipsis causis ad palacium venerit, vapuletur . . .*[2] *Et si reclamaverit quod legem ei non iudicassent, tunc licenciam habeat ad palacium venire pro ipsa causa. Et si ipsos convincere potuerit, quod legem ei non iudicassent, secundum legem contra ipsum emendare faciat. Et si comes vel racemburgii eum convincere potuerint, quod legem ei iudicassent, et ipse hoc recipere noluerit, hoc contra ipsos emendare faciat.* Verboten wird [54] durch dieses Gesetz bei Körperstrafe, eine Klage vor dem Königsgerichte anzubringen, erstens mit gänzlicher Umgehung des Gau-

---

[1] Vgl. Walter, RG. § 694. [H. Brunner, D. RG. II 355 ff.]

[2] *et si maior persona fuerit in regis arbitrium erit.*

gerichtes und zweitens ohne vorausgehende rechtsförmliche Scheltung des gaugerichtlichen Urteils. Dagegen ist es gestattet, die Entscheidung über das rechtmässig gescholtene Urteil an den König zu ziehen. Der wesentliche Charakter der alten Scheltungsklage kommt auch hier zur Geltung. Die Partei, mit welcher der Scheltende im Gaugerichte gestritten hatte, bleibt in dem Scheltungsprozesse, der im Königsgerichte verhandelt wird, vollkommen passiv. Nur der Scheltende und die Urteiler stehen sich daselbst als Parteien gegenüber. Der Unterliegende zahlt nicht etwa Brüche an den Fiskus, wie dies der *vapulatio* in den zwei erstgenannten Fällen entsprechen würde, sondern Busse an den Sieger.

Das Capitulare Mantuanum von 781[1], P. 40 [Cap. I 190] regelt in den §§ 2. 3 für Italien das Verfahren, welches bei Klagen wegen Justizverweigerung zu beobachten ist. Dreimal soll die Partei vor dem Grafen ihr Recht begehren, und nur dann, wenn sie Zeugen gezogen darüber, dass sie dies dreimal vergeblich gethan, kann sie ungefährdet an das Hofgericht gehen. Der Graf dagegen soll, um einem Missbrauch dieses Rechtes vorzubeugen, durch seinen Notar all die Klagen verzeichnen lassen, die angebracht und die erledigt worden sind. Durch dies Verzeichnis und seinen Eid kann er sich gegen die Klage wegen Justizverweigerung rechtfertigen.

Von einer Urteilschelte ist in diesen Stellen keine Rede. Hier handelt es sich darum, dass kein Urteil gesprochen wurde, während die Scheltungsklage voraussetzt, dass zwar ein Urteil, aber ein ungerechtes gefällt worden sei.

§ 4 desselben Kapitulars verpönt die Klage nach Erledigung der Streitsache, mag jene nun vor dem Gaugerichte[2] oder vor dem Königsgerichte wiederholt werden.

Dagegen bezieht sich § 7 Cap. missor. Baioaric., P. 127 [55]
[Cap. I 159] auf die Urteilschelte. *Si aliquis voluerit dicere, quod iuste ei non iudicetur, tunc in presentia nostra veniant.* Im übrigen wird jede Reclamatio verboten. *Aliter vero non se praesumat in*

---

[1] Vgl. Boretius S. 108.

[2] Vgl. §. 10. Cap. legg. addenda a. 803, P. 114 [Cap. I 114, c. 10]. Ueber die Folgen einer Klage *post causam finitam* vergleiche die Urkunde bei Tiraboschi, Storia di Nonantola II nr. 28, S. 43: *Propter eorum consortium iniquam reclamationem, pro quibus ceteri ius repetentes iustitiis carebant .. illis qui se et reliquos suos consortes non recte clamare cogebant, ad commemorandum causam aliquos hictos illis dare fecimus.*

nostra praesentia venire pro alterius iustitia dilatandum. Durch den Zusatz *pro* . . . ist die Klage wegen Justizverweigerung von jenem Verbote ausgeschlossen.

Während die angeführten Stellen auf die in den Mundbriefen enthaltene Ausnahme keine Rücksicht nehmen, wird in § 8, Cap. Theodonisvill. 805, P. 133 [Cap. I 123] ausdrücklich auf ein vom König erteiltes Reklamationsrecht hingewiesen. *De clamatoribus vel causidicis, qui nec iuditium scabinorum adquiescere nec blasfemare volunt, antiqua consuetudo servertur i. e. ut in custodia recludantur, donec unum e duobus fatiant. Et si ad palatium pro hac re postea reclamaverint et litteras detullerint, non quidem eis credatur nec tamen in carcere ponantur sed cum custodia et cum ipsis litteris pariter ad palatium nostrum remittantur, ut ibi discutiantur sicut dignum est.* Nach altdeutschem Verfahren traf jenen, welcher das Urteil weder schalt noch zu erfüllen gelobte, Bussfälligkeit, und wenn diese nicht fruchtete, Friedloslegung. Unter Karl dem Grossen ist es bereits *antiqua consuetudo,* die Partei zur Erfüllung des Urteils zu zwingen. Jene, die das Urteil der Schöffen weder anerkennen noch schelten, werden so lange gefangen gehalten, bis sie eins oder das andre thun [1]. Allein zwischen dem „*se adquiescere*" und dem „*blasfemare*" liegt noch ein drittes, das „*reclamare ad regem*". Diese *reclamatio* setzt, um wirksam und straflos zu sein, ein königliches Privileg voraus, welches das Recht dazu erteilt. Sie muss angemeldet werden, bevor das Urteil anerkannt oder gescholten worden ist. Hat aber die Partei bereits das eine oder das andre gethan und legt sie erst nachträglich [2], gestützt auf die
[56] königliche Verleihung die Reklamation ein, so hat sie den Verdacht gegen sich, dass dies eine blosse Ausflucht sei. Andrerseits soll jedoch die „*reclamatio*" nicht vollständig ignoriert werden, daher die Vorschrift, dass der Reklamant nicht mehr freien Weg zum

---

[1] Das *adquiescere* besteht, wie sich aus dem *donec* . . *fatiant* ergibt, nicht in einer passiven, stillschweigenden Entgegennahme des Urteils, sondern in einer positiven Anerkennung desselben, wie sie in dem ihm entsprechenden Beweis- und Erfüllungsvertrage ihren Ausdruck findet. [Vgl. H. Brunner, RG. II 361, Anm. 43.]

[2] Das *postea* bezieht sich offenbar auf das *donec unum e duobus fatiant* und nicht, wie Waitz, VG. IV 404, Anm. 1 will, auf *recludantur.* Im letzteren Falle bliebe *nec in carcere ponantur* unerklärt. Die Auslegung, man solle die Gefangenhaltung nicht fortsetzen, ist eine gezwungene.

König habe, sondern unter Gewahrsam und mit der königlichen Urkunde, auf die er sein Berufungsrecht gründet, zu Hof gebracht werde. Unter den „*litterae*“, von welchen das Kapitulare spricht, sind die Mundbriefe gemeint, da diese und, soviel wir wissen nur diese, das *ius reclamandi* gewähren [1].

Die Massregeln, welche wegen Ueberbürdung des Hofgerichts durch missbräuchliches Reklamieren ergriffen wurden [2], übergehe ich, soweit sie uns keinen Anhaltspunkt zur Klassifizierung der dadurch verpönten Querelen bieten.

Klar und deutlich geht aus § 11, Cap. Vern. 884, P. 553 [Cap. II 371] hervor, dass die *reclamatio ad regis definitivam sententiam* nicht mit der Klage der Partei, sei es nun gegen die urteilende, sei es gegen die richtende Gewalt zu vermengen sei. Das Kapitular setzt für *depraedationes* und für *rapinae* den besonderen Gerichtsstand, welchen die Vassallen am Königsgerichte erworben hatten, ausser Kraft. *De nostris quoque dominicis vassallis iubemus, ut si aliquis praedas egerit, comes . . . ad emendationem eum venire vocet. Qui si comitem aut missum illius audire noluerit, per forciam illud emendare cogatur. Quod si proclamaverit se ante praesentiam nostram velle distringi potius quam ante comitem, per credibiles fideiussores aut per sacramentum melioris hominis ante nos venire permittatur, ut ibi talis ratio* f i n e m a c c i p i a t *. . . Si vero dixerint, quod eis comes non secundum legem fecerit sed pro aliqua iracundia aut invidia, quam ante contra illos tenebat, hoc comes eis ante nos satisfaciat, secundum quod nobis placuerit, quod non ob aliud quam pro rapina sit actum.* Im ersten Falle, jenem der Reclamatio, wird die bereits im Gaugerichte anhängige Sache zur Beendigung an das Königsgericht verwiesen. Im zweiten Falle, dem der Klage gegen den Grafen, hat dieser vor dem Königsgerichte durch ein vom König bestimmtes Beweismittel darzuthun, dass seine *districtio* [57]
eine rechtmässige war.

Und nun betrachten wir uns von den eben aufgestellten Gesichtspunkten aus noch einmal die Schlussformel der Mundbriefe

---

[1] *Vestrae clementiae cartam mundboralem ostendi et mihi nihil profuit* schreibt nach Formel Rozière 419 [Form. Bitur. 14] eine Frau an den König, welcher angebliche Machtboten desselben widerrechtlich das Erbgut genommen. Von Rechts wegen hätte man ihr gestatten sollen, ihre Sache vor den König zu bringen.

[2] Vgl. § 1, Cap. Aquisg. a. 810, P. 162 [Cap. I 153].

in ihrem Gegensatze zum Scheltungsverfahren. Falls der Schützling durch den Verlauf der gaugerichtlichen Verhandlung schwer und in unbilliger Weise betroffen würde, soll diese Verhandlung suspendiert und im Königsgerichte zu Ende geführt werden. Da ist von keinem Schelten des Urteils die Rede, das eine Klage gegen die Schöffen wegen Rechtsverletzung in sich schliesst. Gegenstand der *definitiva sententia regis* ist dieselbe Verhandlung, die im Gaugerichte begonnen wurde, und zwar zwischen denselben Parteien, nicht eine Zwischenklage gegen die Urteiler, wie im Scheltungsprozess. In Schutzbriefen späterer Zeit, welche sich nicht mehr sklavisch an den Wortlaut der Formeln band, wird ausdrücklich gesagt, dass nicht bloss der Reklamant, sondern auch dessen Gegner sein Erscheinen vor dem Königsgerichte verbürgen müsse. *Si reclamaverint*, lautet ein Schutzbrief Ludwigs II. für das italienische Kloster Farfa, *comes noster et missi nostri discurrentes ... faciant ambas partes in nostram praesentiam guadiare*[1]. Aehnlich heisst es im Schutzbriefe Karls des Dicken für den Kleriker Leo von 880[2]: *si querimonia adversum se horta fuerit, quae sibi damnosa apparuerit ... liceat sibi ... ad palatium*[3] *waidare.*

Die Reklamationsformel der Mundbriefe weiss nichts von einer Ungerechtigkeit, von einem gesetzwidrigen Verfahren des Gaugerichtes. Es fehlt somit die Voraussetzung der Scheltungsklage. Die der reklamierenden Partei günstige Entscheidung des Königsgerichtes hat darum auch keine Bussfälligkeit der Schöffen zur Folge, deren Urteil abgeändert wurde, während umgekehrt auch der sachfällige Reklamant keine Busse an die Schöffen zu entrichten hat. Die Urteiler können nicht bestraft werden, weil sie nicht gegen das Recht gesprochen haben, ebensowenig die reklamierende Partei, weil sie jene eines rechtswidrigen Urteils nicht geziehen hat.

[58] Das „*sine iniquo dispendio*“ der Formeln scheint mir hinzuweisen auf die Anforderungen der Billigkeit im Gegensatz zu den Geboten des strengen Rechtes, welche bei dem Formalismus des gaugerichtlichen Verfahrens nicht selten mit jenen in Widerstreit geraten mochten. Gegen derartige Nachteile sollte den Schütz-

---

[1] Muratori, SS. IIb, 400 [Mühlbacher nr. 1180]. Dazu Sickel, Beitr. III 89.

[2] Muratori, Ant. I 919 [Mühlbacher nr. 1555].

[3] So emendiert mit Recht Sickel aus *placitum*.

lingen des Königs die Berufung auf den Spruch des Königsgerichtes Abhilfe gewähren, in welchem ein minder formelles Verfahren und eine freiere Beurteilung der Streitsache möglich war. Hiermit ergibt sich ein prinzipieller Gegensatz zwischen Scheltungsklage und Reklamation. Dort handelt es sich um Recht oder Unrecht, hier um *ius strictum* oder *ius aequum*.

Eine Appellation [1] im heutigen Sinne hat es damals nicht gegeben. Um Missverständnissen vorzubeugen und den schleppenden Ausdruck „Recht der *reclamatio ad regis definitivam sententiam*" zu vermeiden, schlage ich für dieses die Bezeichnung „Reklamationsrecht" vor, obwohl ich weiss, dass das Wort *reclamare* in den Quellen auch in weiterem Sinne gebraucht wird.

[Die praktische Bedeutung des Reklamationsrechtes lag darin, dass es dem Reklamanten für seine Rechtshändel den Weg der königlichen Billigkeitsjustiz eröffnete. Die Befugnis des Königsgerichtes, als Billigkeitsgerichtshof abzusehen von den strengen Grundsätzen des Volksrechtes, mögen sie nun den Rechtsgang oder das materielle Recht [2] betreffen, wird uns durch Hinkmars Schrift De ordine palatii ausdrücklich bezeugt. Nach Hinkmar [3] war es Aufgabe des Pfalzgrafen, der unter den Karolingern in Vertretung des Königs als ständiger Hofrichter fungierte: ut omnes contentiones legales, *quae alibi ortae propter aequitatis iudicium palatium aggrediebantur,* iuste ac rationabiliter determinaret seu perverse iudicata ad *aequitatis* tramitem reduceret, ut et coram Deo propter iustitiam et coram hominibus propter legum observationem cunctis placeret. Unter den Angelegenheiten, die propter aequitatis iudicium von auswärts an den Königshof gelangen, haben wir uns Anlässe der reclamatio ad regis definitivam sententiam zu denken, deren Erledigung in Schutzbriefen der karolingischen Zeit mitunter ausdrücklich dem Pfalzgrafen vorbehalten wird [4]. Das Recht des Pfalzgrafen, Rechtshändel ex aequitate entscheiden zu lassen, war ein beschränktes. Denn Hinkmar fährt in der angeführten Stelle fort: si quid vero tale esset, quod leges mundanae hoc in suis diffinitionibus statutum non haberent aut *secundum gentilium consue-*

---

[1] In den Quellen ist *appellare* identisch mit *interpellare*.

[2] [Ueber die dem Königsgerichte vorbehaltene Anwendung der aequitas in Strafsachen siehe unten den Aufsatz über absichtslose Missethat.]

[3] Hinkmar, De ordine palatii c. 21.

[4] Bouquet VI 674. 678.

tudinem crudelius sancitum esset, quam christianitatis rectitudo vel sancta auctoritas merito non consentiret, hoc *ad regis moderationem* perduceretur, ut ipse cum his, qui utramque legem nossent et Dei magis quam humanarum legum statuta metuerent, ita decerneret, ita statueret, ut ubi utrumque servari posset utrumque servaretur, sin autem, lex saeculi merito comprimeretur, iustitia Dei conservaretur. Rechtsfälle, für welche das Herkommen oder königsgerichtliche Präjudizien keine Entscheidungsnorm an die Hand gaben und neu auftauchende Anlässe einer Kollision zwischen ius strictum und aequitas hatte der Pfalzgraf an den König zu bringen, der dann, von Kennern des weltlichen und des göttlichen Rechtes beraten, die Sache unter seinem Vorsitz entscheiden liess. Die ordentliche, durch feste Praxis des Königsgerichtes geregelte Billigkeitsjustiz stand in Vertretung des Königs dem Pfalzgrafen zu, die ausserordentliche, welche die Schöpfung neuer Rechtsnormen oder eine bis dahin noch nicht vorgekommene Beugung des Volksrechtes nötig machte, blieb dem Könige vorbehalten.]

Das Wesen des Mundiums besteht darin, dass der Schützling in die Rechtssphäre des Königs aufgenommen wird, und infolgedessen an gewissen Vorrechten desselben teilnimmt. Die Stellung der Klöster, die durch Kommendation in den Schutz des Königs treten, ist nur eine juristische Nachbildung des Verhältnisses, in welchem die Eigenklöster des Königs sich befinden. Dieser Umstand rechtfertigt den Rückschluss, dass das Reklamationsrecht auch in den das Königsgut betreffenden Streitsachen, in Fiskalprozessen statthatte. Ich glaube in einigen Urkunden Andeutungen dieses Grundsatzes zu finden. Ein Gerichtsschein bei Pérard S. 35, nr. 18 [Hübner nr. 215] handelt von der Vindikation eines Hörigen, Namens Maurinus, der sich als Freigebornen betrachtet, während ihn Fredelus als *advocatus Hildebranni comitis* für die *villa Patriciacus* in Anspruch nimmt, die dieser als königliches Benefizium innehatte. Der Vogt behauptet, dass bereits der Vater des Maurinus Eigenmann des Königs gewesen sei und erbietet sich, dies durch Zeugen zu erweisen. Der Beklagte erklärt auf Anfrage des Gerichts, dass er nach salischem Rechte lebe, welches bekanntlich gegen Freiheit und Erbe keinen Zeugenbeweis gestattet,
[59] er bestreitet die Angaben des Klägers und behauptet frei zu sein. Fredelus beharrt auf seinem Verlangen, den angebotenen Zeugenbeweis führen zu dürfen und reklamiert an den König. *Proinde*

Fredelono decrec(er)it (scil. imperator) iudicium, ut tale testimonia aremissat ... Durch die Reklamation erwirkt der Vogt ein Urteil, welches ihm die Erbringung des angebotenen Zeugenbeweises ermöglicht[1].

In einer Urkunde von 833, Muratori, Antiquitates V, 923 [Hübner Nr. 716] findet sich die Voraussetzung, dass der Inhaber eines königlichen Benefiziums in Streitsachen, welche dieses betreffen, das Reklamationsrecht geniesse. Der Bischof von Arezzo klagt vor den Machtboten Lothars gegen den Abt Vigil um ein Kloster, das dieser ihm vorenthält. Der Abt erklärt, dass er die Kirche als Benefizium des Königs innehabe. Urkunden vermag er über die Verleihung nicht vorzuweisen. *Mihi solus per beneficio est concessum.* Hierauf gelangt die Instruktion zur Verlesung, die der Kaiser seinen Missis wegen Untersuchung dieser Streitsache mitgegeben hatte. Ihr gemäss sollen dieselben auf das emsigste erforschen *(subtiliter investigare)*, ob der geklagte Abt irgend einen Beweisgrund für sich habe, wodurch er sich im Besitze der Kirche behaupten könne. *Sin autem hoc non invenissemus et se beneficii auctoritate reclamasset*, dann sei es des Kaisers Wille und Befehl, dass die Beweismittel des Klägers vorgenommen würden. Die Instruktion nimmt also zum voraus Rücksicht auf das Reklamationsrecht des Benefizieninhabers. Damit aber die Sache nicht in die Länge gezogen werde, werden die Machtboten auch speziell für diesen Fall als Richter delegiert, um den Streit zu Ende zu bringen[2].

Das karolingische Königtum begnügte sich nicht mit dem Reklamationsrechte der Inhaber von Königsgut, der königlichen Gutsverwalter und Vögte. Mitunter wurde die *definitiva sententia* über Fiskalprozesse dem Königsgerichte unbedingt vorbehalten und [60]
somit die Ausübung des Reklamationsrechtes überflüssig gemacht. Falls ein königlicher Beamter zu Gunsten des Fiskus fremdes Gut

---

[1] Ein Rechtssatz, dass der Fiskus ein unbeschränktes und unbedingtes Recht des Zeugenbeweises habe, hat nicht bestanden. Vgl. für das langobardische Recht die Urkunde bei Fatteschi, *Memorie ... di Spoleto*, App. nr. 32, S. 278, a. 777 [Hübner nr. 651]: *cum iudicibus nostris diximus, quod non esset legis, ut pars palatii consignaret cuilibet homini sed* ...

[2] Den von Roth, Feudalität S. 269 als Beispiel einer *reclamatio* angeführten Fall aus Mur., Ant. I 459 [Hübner nr. 715] hat bereits Sickel, Beiträge III 95 für nicht beweiskräftig erklärt. Derartige Beispiele wären mehrere aufzufinden. Ebenso bietet Muratori, SS. IIb 375 ff. [Hübner nr. 711] keine schlüssigen Anhaltspunkte.

eingezogen, freie Leute geknechtet hat, soll nach § 1 Cap. Aquisg. missorum, 819, P. 216 [Cap. I 289] des Königs Machtbote die Sache untersuchen, *et res diligenter investigata et descripta ad nostrum iudicium reservetur.* Hat dagegen ein andrer *(episcopus aut abbas, vicarius aut advocatus aut quislibet de plebe)* dies gethan, so soll sofort Restitution erfolgen. Ueber denselben Gegenstand befiehlt Ludwig § 2, Capit. Theod. 821, P. 230 [Cap. I 300], dass die Missi ihm über das Ergebnis der Untersuchung Bericht erstatten sollen, *et nos tunc definiamus, quicquid nobis iustum esse videatur.*

Theoretisch stellte man den Satz auf, dass das in der Vestitur des Königs befindliche Gut nur kraft königlichen Präceptums auf einen andern übertragen werden könne. In § 20, Cap. Aq. legg. add. 818/19, P. 213 [Cap. I 281] verbietet Ludwig der Fromme mit Beziehung auf den Besitzstand des Fiskus unter Karl dem Grossen jede Restitution ohne speziellen königlichen Befehl. *Si quis proprium nostrum, quod in vestitura genitoris nostri fuit, alicui quaerenti reddiderit sine nostra iussione, aliud tantum nobis de suo proprio cum sua lege componat; et quicumque illud scienter per malum ingenium adquirere temptaverit, pro infidele teneatur.* Wie strenge man die juristischen Konsequenzen dieses Prinzips zu wahren suchte, zeigt § 11 desselben Kapitulars. Wenn jemand, wegen Verbrechens angeklagt, sich dem Gerichte nicht stellt, so werden seine Güter in Verspruch gethan, *in bannum mittuntur.* Erbietet sich der Beklagte binnen Jahr und Tag zu Recht, so wird der Bann wieder aufgehoben; wenn nicht, so geht das gebannte Gut in das Eigentum des Königs über. War das eingezogene Gut nur im Besitze, nicht im Eigentum des Beklagten gewesen und hat der wirkliche Eigentümer sich nachträglich gemeldet, so kann er nicht etwa, wie man erwarten sollte, durch gaugerichtliches Urteil zu seinem Rechte gelangen, sondern der Graf hat dem König hierüber zu berichten, *ut nos eandem proprietatem, quae . . . in nostrum dominium redacta est, per praecepti nostri auctoritatem in ius et potestatem hominis, qui eam quaerebat, si sua esse debet, faciamus pervenire.* Zur Erläuterung des Gesagten sei hier noch eine Ur-
[61] kunde Karls des Kahlen für Saint Germain d'Auxerre von 877 [1] angeführt. Ein gewisser Adalbert hatte dem genannten Kloster sein Allodialgut aufgetragen und von diesem als Benefizium zurück-

[1] Quantin, Cartulaire de l'Yonne, I 101, nr. 52. Böhmer 1810.

erhalten. *Sed post haec ob illius negligentiam in fiscum nostrum decidit et in ius ac dominationem nostram legaliter devenit. Et quia praefato coenobio non aliter legitime, postquam in fiscum nostrum deciderat, reddi poterat nisi per praeceptum nostrae auctoritatis, libuit ... praeceptum fieri ...*

Es lässt sich nicht leugnen, dass bei solcher Sachlage die Macht des Königtums die Privatrechte der Unterthanen gefährdete. Die Geschichte der Säkularisationen bietet dafür Beispiele in Fülle. Abgesehen von den thatsächlichen Verhältnissen, gab infolge jener Bestimmungen die Gerichtsverfassung, wenn wir die Frage nur vom juristisch formellen Standpunkte auffassen, kein Mittel an die Hand, um einen Rechtsanspruch gegen den König wider dessen Willen durchzusetzen. Das altdeutsche Verfahren kannte keinen unmittelbaren Zwang gegen die sachfällige Partei. Da die Friedloslegung vom König ausging und in einem „*extra sermonem regis ponere*“ bestand, war auch ein mittelbarer Zwang gegen die Person des Königs juristisch undenkbar, indem die Quelle des Rechtsschutzes, der König, sich nicht ausserhalb desselben stellen konnte. Dass diese Anschauung sich erhielt, auch als ein wirkliches Zwangsverfahren an Stelle der alten Friedloslegung trat, bedarf keiner näheren Erklärung. Anerkannte der König einen gegen ihn erhobenen Anspruch, so ergab sich aus seiner Doppelstellung als oberster Richter und Partei, dass diese Anerkennung in andrer Form stattfand, als sonst von seiten einer sachfälligen Partei. Während diese in den *literae recognitionis* ihre Sachfälligkeit bekennt, wird im Fiskalprozess ein königlicher Befehl, ein *praeceptum restitutionis* erlassen.

In Wirklichkeit gestaltete sich die Sache freilich anders. Nicht in allen Fiskalprozessen erfloss ein *praeceptum regium*, falls der Fiskus sachfällig wurde. Es kam nämlich darauf an, inwieweit der König einerseits als Partei den unmittelbaren Inhaber des Königsgutes, den Abt für ein Kloster *in dominio*, den Grafen für das Amtsgut, den Vassallen für das Benefiz, den Aktor oder den Vogt für unvergabtes Königsgut beschränkt wissen wollte in der Vollmacht, an seiner Statt in den Prozess einzutreten, inwieweit [62] er andrerseits als oberster Richter den Missus oder den Grafen zur Erledigung von Fiskalprozessen ermächtigte. Die Praxis, die man befolgte, war eine verschiedene. In § 6, Cap. per se scrib. 818/9, P. 215 [Cap. I 288] hat Ludwig der Fromme die Guts-

verwalter ermächtigt, zugelaufene Knechte, die sich schon unter Karl auf Königsgut begeben, nach eigenem Ermessen auszuliefern. Manchmal werden die Missi beauftragt, einen Fiskalprozess auf Grund ihrer Untersuchung ohne weiteren Bericht zu Ende zu bringen[1]. In der Regel mochte das *ius reclamandi* der Besitzer des Königsgutes[2] Bürgschaft genug bieten, da ja diese selbst das grösste Interesse an Erhaltung ihres Besitzstandes hatten. Mitunter wurde nicht bloss die *definitiva sententia* (ohne eine *reclamatio* des Inhabers abzuwarten) an das Königsgericht gezogen[3], sondern auch geradezu bestimmt, dass die Klage gegen den Fiskus am Königsgerichte angebracht werden müsse[4].

Mit der Rolle, welche das *praeceptum regis* im Fiskalprozesse spielt, hängt auch das prozessuale Vorrecht des Inquisitionsbeweises zusammen, auf welches wir nun, nachdem die massgebenden Vorfragen erledigt sind, des näheren eingehen können.

4. Der Inquisitionsbeweis.

Die Rechtsquellen der karolingischen Zeit kennen neben dem Zeugenbeweise einen Beweis *per inquisitionem*, dessen Charakter bereits die Einleitung in allgemeinen Umrissen angedeutet hat. Da die Inquisitio auch ausserhalb des Beweisverfahrens zur Anwendung kommt, so spreche ich von Inquisitionsbeweis und inquisitorischem Beweisverfahren. Es deutet dieser Ausdruck den Gegensatz zu den formellen Beweismitteln des deutschen Rechtes an, unter welche ja auch der damalige Zeugenbeweis gehört. Nach heutigen Pro-
[68] zessbegriffen liesse sich das Beweisverfahren *per inquisitionem* dem Zeugenverfahren im allgemeinen unterordnen. Von diesem Gesichtspunkte aus könnte man den Inquisitionsbeweis als ausserordentlichen Zeugenbeweis dem ordentlichen gegenüberstellen. Da aber das Wesen der Sache hierdurch nicht im geringsten bezeichnet wird, glaube ich mich dem Sprachgebrauch der Quellen anschliessen und den Ausdruck Inquisitionsbeweis vorziehen zu müssen.

Der Inquisitionsbeweis unterscheidet sich u. a. in folgenden zwei wesentlichen Punkten von den übrigen Beweismitteln. Es

[1] §. 2, Cap. miss. 829, P. 354 [Cap. II 10].
[2] Vgl. oben Seite 142 f.
[3] Vgl. oben Seite 144.
[4] § 9, Conv. Furon. 878, P. 546 [Cap. II 170].

steht nicht in der Macht jeder Partei, die Anwendung des Inquisitionsbeweises herbeizuführen, auch wenn deren objektive Voraussetzungen vorhanden sind. Der Inquisitionsbeweis hängt in dieser Beziehung ab vom Inquisitionsrechte der Partei, dieses aber ist ein Beweisvorrecht, nicht etwa ein blosses Beweisrecht, wie man früher die Beweisrolle zu bezeichnen pflegte. *Ius inquisitionis* bedeutet den Quellen das Recht bestimmter Personen und Anstalten, in ihren Prozessen vorkommenden Falles durch ihr Verlangen das inquisitorische Beweisverfahren zu veranlassen.

Dieses Inquisitionsrecht der Partei ist nicht zu verwechseln mit der Befugnis des Richters, nach eigenem Ermessen einen Inquisitionsbeweis über eine streitige Thatsache aufzunehmen. Im Gegensatz zum *ius inquisitionis* will ich die *auctoritas seu licentia inquirendi vel inquisitionem faciendi* Inquisitionsgewalt nennen. Diese Inquisitionsgewalt besitzt nicht jeder Richter, während bei den übrigen Beweismitteln eine besondere und ausserordentliche Gerichtsgewalt nicht in Frage kommt.

Inquisitionsrecht hat nur der König und die Partei, der er es verleiht. Inquisitionsgewalt hat gleichfalls nur der König und der Richter, dem er sie überträgt. Die folgende Untersuchung wird nach beiden Seiten hin die Beschränkung zu erweisen haben. Ich beginne mit dem Inquisitionsrechte, und zwar mit jenem des Fiskus, da sich aus den Stellen, die es bezeugen, zugleich der Gegensatz von Zeugen- und Inquisitionsbeweis ergibt, den ich bisher nur behauptet, noch nicht bewiesen habe.

A. Das Inquisitionsrecht.

a) Die Inquisitio im Fiskalprozess.

Den Inquisitionsbeweis als ein dem Fiskalprozess eigentüm- [64]
liches Beweismittel aus den Kapitularien zu erweisen, hat seine Schwierigkeiten. Bezeichnenderweise finden sich die massgebenden Stellen nicht in den Capitulis legibus addendis, sondern zumeist in den Instruktionen für die Missi. Dieser Umstand allein scheint dafür zu sprechen, dass der Inquisitionsbeweis nicht durch ein bestimmtes Gesetz eingeführt wurde. Das königliche Beweisvorrecht mochte entweder auf alter Gewohnheit beruhen, oder sich doch, wenn erst in karolingischer Zeit, allmählich ausgebildet haben. Die

Tendenz der Capitularia missorum[1], welche die Aufmerksamkeit der königlichen Machtboten auf die der missatischen Obsorge anheimgegebenen Verhältnisse richten sollten, bringt es mit sich, dass sie den Rechtsstoff, der in ihnen geborgen liegt, nicht erschöpfend behandeln, sondern, das Recht als bekannt voraussetzend, sich nur mit Hinweisungen und Andeutungen begnügen. Hierdurch sei es gerechtfertigt, dass ich bei Ausbeutung der Kapitularien nicht in chronologischer Ordnung vorgehe, sondern aus dem karg zugemessenen Materiale vorerst jene Stellen herausgreife, die das verhältnismässig vollständigste Bild der Sache gewähren und einen Rückschluss gestatten auf abgerissene und an sich minder verständliche Bestimmungen älterer Kapitularien.

§ 1, Cap. miss. Aquisg. 819, P. 216 [Cap. I 289]: *Legatio omnium missorum nostrorum haec est: . . . iustitiam faciant de rebus et libertatibus iniuste ablatis et si episcopus . . . aut quislibet de plebe hoc fecisse inventus fuerit, statim restituatur. Si vero vel comes vel actor dominicus vel alter missus palatinus hoc perpetraverit et in nostram potestatem redegit, res diligenter investigata et descripta ad nostrum iudicium reservetur.* § 2, l. c.: *volumus autem ut de his libertatibus et rebus reddendis, quae in nostra vestitura sunt, primo per optimos quosque inquiratur et si per illos inveniri non possit, tunc per eos, qui post illos in illa vicinia meliores sunt. Et si nec*
[65] *per illos rei veritas inveniri potest, tunc liceat litigantibus ex utraque parte testes adhibere. Et si discordaverint, secundum constitutionem a nobis promulgatam examinentur.* Mit § 1, den ich des Zusammenhangs wegen hier einrückte, haben wir uns bereits oben S. 144 beschäftigt. Demnach wird in Vindikationsprozessen gegen den Fiskus die *definitiva sententia* dem Gau- wie dem missatischen Gerichte entzogen und dem Königsgerichte vorbehalten. Da der Prozess am Königsgerichte nicht wiederholt wurde, musste die Verhandlung im Gerichte des Missus irgend ein Substrat liefern, auf Grund dessen bei Hof die Entscheidung getroffen werden konnte. Die Grundlage dieser Entscheidung sollte durch die „*inquisitio*" geboten werden, über deren Ergebnis der Missus schriftlich Bericht zu erstatten hat. Der Beweisstoff ist in der Weise zu sammeln, dass der Machtbote vorerst die angesehensten Gaugenossen „inquiriert". Kann durch sie ein Beweis nicht erbracht werden, so gilt der be-

[1] Vgl. Boretius a. O. S. 17.

klagte Fiskus noch nicht als sachfällig. Die *inquisitio per pagenses* kann ausgedehnt werden auf jene, die, abgesehen von den Inquisiten der ersten Reihe, die achtbarsten und daher glaubwürdigsten Gemeindegenossen sind. Erst wenn dieser zweite Versuch misslingt, kommt das ordentliche Beweisverfahren zur Anwendung. Nun erst können die Parteien Zeugen und Gegenzeugen produzieren, während, wie der Gegensatz ergibt, die *pagenses inquirendi* nicht von der Partei, also auch nicht etwa vom Fiskalvogt vorgeführt, sondern vom Richter ausgewählt werden. War das Zeugnis der produzierten Zeugen durch Produktion von Gegenzeugen gescholten worden, so entschied nach § 10, Cap. legg. add. des Jahres 818/9 der Zweikampf.

Nicht um das durch diese Stelle gewonnene Ergebnis zu erweitern, sondern es zu verdeutlichen, möge die Formel zu L. Lang. Hlud. Pii 38 [35. 36 LL. IV 536 f.][1] hier Platz finden. *Si reus* (der Vogt des Fiskus) *dixerit: „de torto me apellas", tunc sit inquisitio investiturae publicae per optimos viciniae et si per illos inveniri non possit, tunc per eos, qui post illos in illa vicinia sunt meliores, veritas inveniatur; et si per illos*[2] *invenitur, reddatur investitura ... et offensa emendetur secundum legem illius cui malum fecit*[3]. *Si vero inveniri non possit, tunc appellator probet et adversarius publicus det contra (scil. testes) si vult.* Liefert die *inquisitio* [66] kein Ergebnis, so schreitet der Kläger zum Beweise, während sonst, wenn der vom Beklagten angetretene Beweis misslingt, der Beweisführer eo ipso sachfällig ist[4]. Sehr anschaulich wird der Unterschied zwischen dem Verfahren *per inquisitionem* und dem ordentlichen Beweisverfahren hervorgehoben, wenn die Formel schliesslich sagt: *Si vero privatus fuerit, qui investituram alteri tulit, non debet esse inquisitio per hoc capitulum sed probatio vel ita ut perditor (scil. appellator) appellare voluerit et post investitura [scil. offensa*

[1] Gleich §§ 1. 2 des citierten Kapitulars von 819.

[2] Das *non* bei Walter ist zu streichen [vgl. LL. IV 536].

[3] Der Verfasser der Formel denkt an den Fall, dass die *inquisitio* zu Ungunsten des Fiskus ausfiel.

[4] Die Kontroverse der Formel *si non potuerit probare, aut rem perdat aut ad aliam appellationem se volvat secundam quosdam* ist für die karolingische Zeit unbedenklich im ersteren Sinne zu entscheiden. *Ad aliam ... volvat* heisst so viel als die Sache tritt in den *status quo ante.* Bekanntlich ist ja die Prozessrede des Klägers (die appellatio) von Einfluss auf die Verteilung der Beweisrolle und die Wahl der Beweismittel.

investiturae] emendetur, bannumque solvatur. Inquisitio und *probatio,* worunter der Zeugenbeweis zu verstehen ist, werden sich gegenübergestellt. Jene kommt *„per hoc capitulum“*, d. h. nach den §§ 1. 2, Cap. missorum Aq. 819 nur bei Vindikationen gegen den Fiskus, nicht aber bei Klagen gegen Privatleute zur Anwendung.

Die richterliche Auswahl der Gemeindegenossen, die wir im Cap. von 819 *ex argumento a contrario* gefolgert haben, wird so bestimmt als möglich angeordnet in § 2, Cap. missorum Worm. 829, P. 354 [Cap. II 10]: *Item volumus ut omnis inquisitio, quae de rebus ad ius fisci nostri pertinentibus facienda est, non per testes, qui producti fuerint, sed per illos qui in eo comitatu meliores et veraciores esse cognoscuntur, per illorum testimonium inquisitio fiat et iuxta quod illi inde testificati fuerint, vel contineantur vel reddantur.* Die Terminologie des Kapitulars ist in zweifacher Hinsicht von Wichtigkeit. Es gebraucht den Ausdruck *„testes“* in einem weiteren Sinne, der sowohl die gewöhnlichen Parteizeugen als auch die Inquisitionszeugen umfasst, indem die ersteren im Gegensatz zu diesen *testes producti* genannt werden. Ebenso wird *inquisitio* in einem weiteren Sinne gebraucht, insofern diese Bezeichnung auch für einen Beweis *per testes productos* offen bleibt. Wenn es feststeht, dass in Fiskalprozessen die *„testes“* vom Richter zu wählen sind, so ist auch die oben[1] besprochene Stelle, § 3, Cap. Aquense
[67] 812, P. 174 [Cap. I 176] hierher zu beziehen, der zufolge Missus und Graf, vorausgesetzt, dass sie *testes* zu wählen haben, jene wählen sollen, *quales optimi in ipso pago inveniri possunt.*

Ein neues Moment der Inquisitio in Fiskalsachen liefert uns § 1 der Responsa misso (?) cuidam data P. 227 [Cap. de iustitiis faciendis von circa 820, I 295]: *Ut pagenses per sacramenta aliorum hominum causas non inquirantur nisi tantum dominicas. Adtamen comes ille, si alicuius pauperis aut inpotentis personae causa fuerit, tunc comes ille diligenter et tamen sine sacramento per veriores et meliores pagenses inquirat.* Die *inquisitio* soll in Fiskalsachen *per sacramentum pagensium* geschehen. Dagegen soll der Graf im Gaugericht in Prozessen der Unvermögenden *sine sacramento* inquirieren[2]. Die Rolle, die der Eid in der technischen Inquisitio

---

[1] Seite 104.

[2] Ich beziehe diese Stelle nur auf das Gericht des Grafen, nicht auf das des Missus. Vgl. unten über die Inquisitionsgewalt des Grafen.

spielt, kann auf Grund dieser Stelle nur angedeutet werden. Wir haben oben gesehen, wie im Zeugenverfahren dem Zeugeneid das Zeugenverhör *(inquisitio)* vorangeht. Dass in der Responsa verboten worden sei, in andern als Fiskalprozessen ein Zeugnis beschwören zu lassen, ist undenkbar. Während im Zeugenverfahren der Eid auf Grund der *inquisitio,* des Zeugenverhörs, geleistet wird, soll hier die *inquisitio* auf Grund eines Eides geführt werden. Der Gegensatz wird klar durch die Annahme, dass der Eid der technischen Inquisitio ein promissorischer ist, eine Thatsache, die im Lauf dieser Untersuchung zur Genüge wird bestätigt werden.

Auf das Beweisverfahren *per inquisitionem* beziehe ich § 8 des citierten Kapitulars [Cap. I 297, c. 3]: *De rebus, unde domnus Carolus imperator legitimam vestituram habuit et hoc ita potest investigari ut secundum iusticiam ad nos debeant pertinere, nequaquam volumus, si nostri testes boni et idonei sunt, ut alii adversus eos in nostram contrarietatem consurgant. Adtamen in tua sit providentia hac fidelium nostrorum, qui tecum sunt, qui nostri testes esse debent, boni et veraces sint.* Im Zeugenverfahren steht dem Gegner des Zeugenführers die *falsatio testium* frei. Gegen die Zeugen können Gegenzeugen vorgeführt werden. Das Ordal des Zweikampfes entscheidet über die Wahrheit oder Unwahrheit der Zeugenaussagen. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Verfahren nur bei strengem Festhalten der Verhandlungsmaxime möglich ist. Dagegen würde der Zweck, welchen man im Fiskalprozesse durch die richterliche [68] Auswahl der *testes* erreichen will, vollständig vereitelt, wenn die Partei gegen die vom Richter ausgewählten Gemeindegenossen Gegenzeugen aufstellen, wenn das auf Erforschung materieller Wahrheit abzielende Beweismittel der Inquisitio nach Willkür der Partei durch das formalste aller Beweismittel des alten Rechtes, das Gottesurteil, ersetzt werden dürfte. § 6, l. c. verbietet daher die Produktion von Gegenzeugen „*si testes nostri boni sunt*“. Da gleich im folgenden Satze und in vielen andern Stellen der Kapitularien dem Richter zur Pflicht gemacht wird, nur *testes bonos, veraces, optimos pagensium* etc. zu wählen, so haben wir diese so oft eingeschärfte Norm als ein charakteristisches Merkmal des Inquisitionsbeweises zu betrachten. In der That steht sie in kausalem Zusammenhange mit dem Verbote der Production von Gegenzeugen. Es ist nicht zu leugnen, dass die blosse Möglichkeit einer Aufforderung zum Zweikampf eine Garantie für die Wahrheit der

Zeugenaussage bieten musste. Wurde dem Inquisitionsbeweis dieses Moment der Beweiskraft durch das erwähnte Verbot entzogen, so musste es durch ein andres ersetzt werden. Man fand es darin, dass der Richter von vornherein nur solche Männer wählen durfte, die als besonders glaubwürdig und angesehen bekannt waren. Aus dem Gesagten erklärt sich, dass die oben besprochene Bestimmung in § 3, Cap. Noviom. 808. P. 152[1] [Cap. cum primis constit. I 139] vom Beweisverfahren *per inquisitionem* zu verstehen ist. Was die Partei nach gewöhnlichem Verfahren *per testes in iudicium (sc. dei) mittendos* beweist, soll der Graf durch die glaubhafteren Umsassen erforschen, die eidlich versprechen, das was sie wissen, allerwege auch ohne Rücksicht auf etwaigen Widerspruch auszusagen und welche die Gegenpartei nicht dazu zwingen kann, die Wahrheit der Aussage durch ein Gottesurteil zu erhärten.

Das Recht, welches im inquisitorischen Beweisverfahren die Partei nicht hatte, stand dem Richter zu. Eine richterliche Prüfung musste sich in Bezug auf die Wahrheit der Aussagen schon darum als notwendig ergeben, weil die Angaben der einzelnen Geschworenen differieren konnten. Lag der Verdacht eines Meineids
[69] vor, so musste der Verdächtige auf gerichtliches Erkenntnis hin zum Gottesurteil greifen. Ein italienisches Kapitular[2], welches Baudi di Vesme Karl dem Grossen, Boretius[3] dessen Sohne Pippin zuschreibt, enthält in § 4 folgende Bestimmung: *De illis hominibus vel sacerdotibus vel quibuslibet per regnum nostrum, qui propter premia aut parentellam de nostra iustitia inquirentibus aut emendantibus vicia veritatem obfuscare volunt missis vel fidelibus nostris, ut se in periuria mittant: iubemus atque praecipimus, ut si suspitio fuerit quod periurassent, ut postea ad campum vel ad crucem*[4] *iudicetur, ut ipsa veritas vel periurium fiant declarata. Et si Domini fuerit voluntas, quod per ipsa iudicia veritas aut per-*

---

[1] *Ut nullus testes mittere in iudicium praesumat, sed comes hoc per veraces homines circa manentes per sacramentum inquirat, ut sicut exinde sapiunt hoc modis omnibus dicant.* Siehe oben Seite 103.

[2] Vesme — Neigeb. 140 [Pippini Italiae regis Capitulare 800—810 (?) I 208].

[3] A. O. S. 139.

[4] Aufgehoben durch § 27, Cap. *ad episcopos*, 818/9, P. 209 [Cap. I 279]; daher sich für chronologische Einreihung des Kapitulars mit Bestimmtheit das Jahr 818/19 als *terminus ad quem* ergibt.

iurium declaretur, tunc volumus atque iubemus, ut, si sacerdos vel clericus fuerit, dupliciter bannum nostrum persolvat .., et si laicus fuerit, widrigeld suum ad partem nostram persolvat[1]. Der Eid des Inquisitionszeugen ist, wie auch aus dieser Stelle wieder hervorgeht, ein promissorischer. Das Versprechen geht dahin, alles sagen zu wollen, was man in der Sache weiss, über welche inquiriert wird. Ein Meineid kann demnach auf zweifache Weise stattfinden, entweder indem der Geschworene etwas andres sagt, als er weiss, oder indem er das, was er weiss, nicht sagt. Unser Capitulare bestimmt Ueberführungsart und Strafe solchen Meineids, welchen Priester oder Laien begehen, die dem königlichen Machtboten die Wahrheit verbergen, wenn er über Gerechtsame des Königs inquiriert oder zur Rüge gewisser Verbrechen auffordert. Im Zeugen- [70]
beweis durfte die Aussage des Priesters höchstens subsidiär verwertet werden. Aus jener Bestimmung erfahren wir, dass diese Beschränkung für den Inquisitionsbeweis nicht gegolten habe. Im Zeugenverfahren ist es die Partei, die durch ihre *oppositio meliorum testium* das Ordal erzwingt, noch ehe einer der Zeugen geschworen hat. Hier wird gegen die Regel der meisten Rechte, der zufolge das Urteil des Gerichtes nie auf ein Urteil Gottes lautete, vom Gerichte auf ein Ordal erkannt. So wie der Meineid dessen, der als Geschworener aussagt, wesentlich verschieden ist vom falschen Eide des Zeugen, der assertorisch schwört, so sind auch die Strafen verschieden, die auf diese Verbrechen gesetzt sind. Während im Zeugenverfahren der falsche Eid mit Handverlust, das falsche Zeugnis mit der Lösungsbusse der Hand gesühnt wird, beträgt die Strafe des Meineids im engeren Sinne beim Priester, abgesehen von der kirchlichen Ahndung, 120 Solidi, beim Laien 150 Solidi[2]. Im Zeugenverfahren ist die Lösungssumme eine eigentliche Busse,

[1] Das Capitulare schärft in § 1 die den Cölibat betreffende Bestimmung aus can. 3 des Konzils von Nicäa ein, bestimmt in § 2 die Strafe für Uebertretung des Verbotes und stellt in § 3 das Verfahren für die bezüglichen Untersuchungen fest. *Quiscumque de fidelibus nostris hoc actum a nobis iussum habuerit ad inquirendum per regnum nostrum ubicumque inquisierit, quales seniores homines in ipsa loca fuerint manentes, eos sacramentare faciat, ut per ipsos veritas declaretur.* Insoweit hat das Capitulare mit dem Inquisitionsbeweis des Fiskalprozesses nichts zu thun. Allein § 4 geht über diese Grenze hinaus und handelt anknüpfend an die in § 3 angeordnete *inquisitio* von den bei technischen Inquisitionen vorkommenden Meineiden im allgemeinen.

[2] Nach langobardischem Rechte.

von welcher zwei Drittel an die Partei, ein Drittel an den Fiskus fallen. Hier wird die volle Strafsumme an den König bezahlt. Der Kleriker büsst nämlich den doppelten Königsbann, der seiner Natur nach an den Fiskus kommt. Vom Laien ist ausdrücklich bemerkt: *widrigeld ad partem nostram persolvat.*

Ich habe in der abgehandelten Stelle den Ausdruck *iustitia nostra* auf Fiskalsachen bezogen und mit „königliche Gerechtsame“ übersetzt. Indem ich diese Anwendung rechtfertige, bietet sich Gelegenheit, klarzustellen, was denn unter Fiskalprozess zu verstehen sei. Man könnte sich veranlasst fühlen, Ausdrücke wie *iustitia regalis*, *causa regalis, causa palatina* als den Inbegriff der dem König als Richter reservierten Rechts-, namentlich der Strafrechtsfälle aufzufassen[1]. Nach den Quellen ist eine solche Auslegung ungerechtfertigt. *Iustitia* bedeutet Recht im subjektiven Sinne und wird am besten mit Gerechtsame übersetzt. Auf den Prozess bezogen bezeichnet *iustitia fiscalis* alle jene Fälle, in welchen der König, resp. der Fiskus als Partei auftritt, mag nun die Sache vor dem Königsgerichte oder dem Gerichte des Missus,
[71] im Gau oder in der Hundertschaft zur Verhandlung kommen. Ich führe im folgenden eine Reihe von Stellen an, welche die Berechtigung dieser Auffassung erweisen. § 19, Cap. miss. 802, P. 98 [Cap. miss. spec. I 101]: *undecumque necesse fuerit, tam de iustitiis nostris quamque et iustitias ecclesiarum dei, viduarum, orfanorum, pupillorum et ceterorum hominum inquirant et perficiant.* § 15, Cap. Lang. Pipp. 801—810, P. 104 [Cap. I 210]: *Volumus ut sicut nos omnibus legem observamus, ita et omnes nobis legem conservare faciant et plenam iustitiam in eorum ministeriis, quicquid ad nos pertinet, facere studeant.* §§ 2. 3, Cap. Theod. 805, P. 132 [Cap. I 122]: *De iustitiis aecclesiarum dei, viduarum . . . ut in publicis iudiciis non dispiciantur clamantes. De iustitiis regalibus ut pleniter fiant inquisitae.* § 1, Cap. miss. 806, P. 137 [Cap. a missis dominicis ad comites directa 801—813, I 184]: . . . *de iustitiis domni imperatoris, secundum quod vobis vel scriptum vel verbis est dictum, tale certamen habeatis* . . . § 2, l. c.: *deinde ut iustitias ecclesiarum, viduarum . . . sine ullo malo ingenio . . . faciatis.* § 6, Cap. 857, P. 455 [Cap. II 292]: *Ut regales iustitiae cum omni diligentia per-*

[1] Vgl. von Woringen, Beiträge zur Geschichte des deutschen Strafrechts 161, Anm. *.

ficiantur. § 2, Ed. Pist. 864, P. 489 [Cap. II 312]: *(Consideravimus) . . . de orphanorum et viduarum causis et de regalibus iustitiis . . .* Diese Beispiele, in welchen den Sachen des Königs jene von Kirchen, Witwen, Waisen u. s. w. gegenübergestellt werden, dürften genügen, um darzuthun, dass in den *iustitiae regales* der König Partei, nicht etwa Richter von Reservatfällen ist. Nicht der staatsrechtliche Begriff besonderer Gerichtshoheit liegt der *iustitia regalis* zu Grunde, sondern die privatrechtliche Stellung des Königtums. Dass auch Strafrechtsfälle, in welchen der König oder gar nur das öffentliche Interesse verletzt erscheint, darin einbegriffen sind, erklärt sich aus dem privatrechtlichen Charakter des germanischen Strafrechts. So ist es z. B. eine *iustitia regalis*, wenn der Fiskus wegen Tötung eines *homo regius* oder eines verwandtenlosen Mannes dessen Wergeld einklagt, eine *iustitia regalis*, wenn auf ein Verbrechen wie Hochverrat, Incest und dergl. Konfiskation des Vermögens gesetzt ist und der Vogt des Königs es vindiziert.

Eine besondere Rolle spielen und weitaus die überwiegendste Bedeutung haben unter den Fiskalprozessen jene, welche Grundstücke oder Eigenleute des Königs betreffen. Diese habe ich im Auge, wenn ich von Fiskalprozessen schlechtweg spreche. Die *vestitura*, die Besitzstandfrage ist das eigentliche und ursprüngliche Gebiet des Gemeindezeugnisses, welches die *inquisitio per pagenses* [72] zu ersetzen hatte. Die Stellen, in welchen vom Inquisitionsrechte des Fiskus die Rede war, bezogen sich zumeist auf die *vestitura regis*. Mit Vorbehalt will ich hier noch § 9, Cap. miss. 803, P. 115 [Cap. I 115] anführen: *ut non mittantur testimonia super vestitura domni Pippini regis.* Die nicht eben zuverlässige Blankenburger Handschrift fügt hinzu: *sed talis nobis in hac causa honor servetur qualis et antecessoribus et imperatoribus servatus esse cognoscitur.* [Der Zusatz ist aus dem Cap. Theod. v. J. 805, c. 22, I 126 herübergenommen worden.] Trotzdem scheint mir die Erklärung eine richtige zu sein, sofern sie das im vorhergehenden Satze enthaltene Verbot auf ein königliches Vorrecht zurückführt, dem zufolge in Prozessen über Königsgut die Parteien keine Zeugen produzieren dürfen.

Zur Sicherung des königlichen Besitzstandes wurde als Hebel auch der allgemeine Treueid angesetzt, welchen der Unterthan als solcher dem König zu leisten hatte. Gerade hierin zeigt sich recht

charakteristisch die gegenseitige Durchdringung der staatsrechtlichen und der privatrechtlichen Stellung des germanischen Königtums. Nach der offiziellen Kommentierung des Treueides in Capitulare Aquisg. 802, P. 91 [Cap. I 91] war in demselben auch das Versprechen enthalten: *ut nullus homo nec cum periuri neque alii ullo ingenio vel fraude per nullius umquam adolationem vel praemium neque servum domni imperatoris neque terminum neque terram nihilque quod iure potestativo permaneat nullatenus contradicat neque abstrahere audeat vel celare*[1]. Halten wir diese Bestimmung mit dem Inquisitionsbeweise in Fiskalsachen zusammen, so erhält sie noch einen andern Charakter als den einer blossen Ermahnung, das Königsgut in Frieden zu lassen. Im inquisitorischen Beweisverfahren werden nämlich die Gemeindegenossen nicht immer *ad hoc* beeidigt, sondern mitunter auf den Treueid hin beschworen, über die ihnen vorgelegten Fragen die
[73] volle Wahrheit auszusagen[2]. Als Beispiel sei vorläufig die Urkunde Meichelbeck nr. 117 [Hübner nr. 167] angeführt. Sie datiert vom 4. August 802, während unser Capitulare vom Anfang desselben Jahres stammt. *Missi . . . per sacramentum fidelitatis, quem domno Karolo . . . imperatori ipso praesente anno iuraverunt, adtestati sunt eos (homines) ut omnimodis absque ulla fraude vel ingenio ita ut veracissime de ipsa causa scirent ita in palam adnuntiarent.* Die Beschwörungsformel dieser *inquisitio*, die sich übrigens nicht auf eine Fiskalsache bezieht, zeigt in einzelnen Ausdrücken Verwandtschaft mit der citierten Kapitularienstelle. Die Vergleichung beider Stellen setzt das „*celare*“ der letzteren ins Licht. Es bedeutet nicht etwa passives Schweigen, sondern so viel wie absichtliches Verhehlen. Nicht jener ist im Sinne des Kapitulars *infidelis*, der über eine vermögensrechtliche Beeinträchtigung

[1] § 4, l. c.

[2] Hieraus erkläre ich mir § 2, Cap. Theod. 821, P. 230 [Cap. I 300]: *De rebus sive mancipiis, quae dicuntur a fisco nostro esse occupata, volumus ut missi nostri inquisitionem faciant sine sacramento per veratiores homines pagi illius circummanentes et quicquid de hac causa verius ac certius investigare potuerint, ad nostram faciant pervenire notitiam, ut nos tunc definiamus, quicquid nobis iustum esse videatur.* Das *sine sacramento* bezeichnet nicht mehr, als dass die *inquisitio* nicht auf Grund gebannten Schwurs abgehalten werden soll. Da nach der offiziellen Auslegung des Treueides die Aussage in Fiskalprozessen auf diesen hin zu erfolgen hat, so tritt für das *sacramentum*, welches sonst auch angewendet wurde, *ipso iure* der Treueid als Inquisitionsmittel ein.

des Königs keine Anzeige erstattet, sondern jener, der, darüber ausdrücklich befragt, wider besseres Wissen keine oder eine unwahre Antwort gibt. Ich vermag daher nichts Eigentümliches[1], sondern nur eine besondere Anwendung des Gesagten in § 39 desselben Kapitulars zu erblicken, welcher mit unverkennbarer Beziehung auf § 4 den Wilddiebstahl in königlichen Forsten verbietet und schliesst: *si quis autem hoc sciente alicui perpetratum in ea fidelitate conservatam quam nobis promiserunt et nunc promittere habent, nullus hoc celare audeat.* Der Unterschied zwischen diesem und dem Paragraph 4 beruht nur darin, dass es sich hier vermutlich um eine Rüge, in § 4 um Inquisitio überhaupt handelt.

Die bisher gewonnenen Resultate bieten Operationsbasis genug, um zur Erklärung einer Reihe von Stellen zu schreiten, die, ohne in Zusammenhang mit dem Inquisitionsbeweise gebracht zu werden, ebenso vieldeutig als absonderlich scheinen. § 31, l. c.: *et his, qui iustitiam domni imperatoris annuntiant, nihil laesionis vel iniuria quis machinare praesumat neque aliquid inimicitiae contra eos movere.* [74] *Qui autem praesumpserit, bannum dominicum solvat vel si maioris debiti reus sit ad sua praesentia perduci iussum est.* § 17b, 16a, Cap. miss. 802, P. 98 [Cap. I 101, c. 16]: *De illis hominibus, qui propter nostram iustitiam adnunciantes occisi sunt.* Endlich § 55, Cap. exc. 802, P. 101 [Cap. I 104]: *Ut inquiratur si aliquis homo propter iustitiam domni imperatoris annuntiando occisus sit vel aliquid mali passus sit.* Was bedeutet *iustitiam imperatoris annuntiare?* Waitz vermutet[2], dass es auf die Reklamation zu beziehen sei und so viel bezeichne als etwa *ad iudicium imperatoris reclamare.* Allein diese Auslegung verträgt sich nicht mit der oben dargelegten subjektiven Bedeutung von *iustitia*, abgesehen davon, dass das Wort *annuntiare* gepresst wird. Einfacher und minder gezwungen dünkt mir folgende Interpretation. Wenn ein Prozess über ein Recht des Königs, z. B. über das Eigentum eines Grundstückes, zur Untersuchung kommt, werden die Gaugenossen befragt, was sie von der Sache wissen. Jene, die das Recht des Kaisers am Streitobjekte angeben, sind es, *qui adnuntiant iustitiam imperatoris*[3]. Hiermit stimmt es, was noch unten zu erörtern ist, dass auch die

---

[1] Waitz, VG. IV 369, Text zu Anm. 2. Dove a. O.
[2] VG. IV 405, Anm. 1. [Vgl. IV[2] 476, Anm. 2.]
[3] Vgl. die oben angeführte Stelle aus Meichelbeck nr. 117.

Aussagen der Geschworenen ebenso wie die der Zeugen über das Gebiet der blossen Thatsache hinaus in das der Rechtsfrage einzugreifen pflegten[1]. Nicht selten mochte es vorkommen, dass die Gemeindegenossen in geschlossenem Verbande gegen den Fiskus für das Interesse des Gemeindeglieds oder der ganzen Gemeinde einstanden, so dass nach ordentlichem Verfahren, in welchem den Gemeindezeugen gegenüber kein Zeugenzwang existierte[2], ein Zeugenbeweis von seiten des Fiskus nicht hätte erbracht werden können. Wurde in solchen Fällen durch *inquisitio* ein Beweis herbeigeführt, so war es immerhin zu befürchten, dass die Missgunst der Gemeinde oder der Familie sich gegen jene wandte, durch deren Aussage der Fiskus zu seinem Rechte kam. Von dem Widerstande, welchen die Bevölkerung der Ausdehnung des Inquisitionsbeweises entgegensetzte, werde ich unten zu erzählen haben.
[75] Auf die angegebene Weise erklären sich Ausdrücke wie *„laesiones vel iniuriam machinari, inimititiam movere“*, erklärt sich die Befürchtung, dass jemand *„propter iustitiam imperatoris annuntiando“* getötet worden sei. Wenn, wie Waitz meines Erachtens mit Recht annimmt, § 8, Cap. a missis dominicis edita P. 123: *ut nullus praesumat nocere eum, qui rectum imperatoris dixerit* dasselbe sagt, wie die oben ausgeschriebenen Kapitel, so steht doch die von mir vorgeschlagene Erklärung dem Wortlaute der Stelle um vieles näher als jene von Waitz, wonach damit die Klage vor dem Königsgerichte gemeint sein soll[3].

Es steht im Einklang mit dem Inquisitionsrechte des Fiskus, dass dieser, wenn der Fall von vornherein die Anwendung des Inquisitionsbeweises notwendig machte, nicht immer durch einen Vogt vertreten ist. Im ordentlichen Verfahren muss er stets, sei es durch den Inhaber des vergabten Fiskalgutes, sei es durch den Gutsaufseher oder Verwalter, sei es durch einen eigens bestellten Vogt, vertreten werden[4]. Im inquisitorischen Beweisverfahren

---

[1] Eine der gebräuchlichsten Formeln: *res plus debet esse illi quam illi.*

[2] Näheres weiter unten.

[3] *Rectum* ist so viel wie *directum* in Marculf I, 21, welches daselbst, wie sich aus Vergleichung mit Marculf I, 23 ergibt, *iustitia*, also Recht im subjektiven Sinn, bedeutet.

[4] Ich stelle hier eine Reihe von Fällen zusammen, in welchen der Fiskus vor Gericht vertreten wird. Mur., SS. IIb 942, a. 873 [Hübner nr. 779]: Konfiskationsprozess wegen *adulterium*. Als Kläger tritt auf *Maio de Piscaria*

scheint die Aufstellung eines Vogtes nicht unumgänglich nötig gewesen zu sein. [76] In den Urkunden finden sich wenigstens Beispiele des Gegenteils, und zwar, was am bezeichnendsten ist, auch bei *placitis* des Gaugerichtes[1]. Die Erklärung liegt nahe. Wenn es den Grafen oder den Machtboten ein für allemal aufgetragen war, Streitigkeiten über Krongut durch Inquisitionsbeweis zu erledigen, so blieb, falls der Fiskus die Rolle des Beklagten hatte, für die Thätigkeit des Vogtes kein wesentlicher Spielraum. Der Kläger bringt sein Anliegen vor, der Richter ordnet seiner Instruktion nach die Inquisitio an, auf Grund deren entweder die Schöffen des inquirierenden Gerichts oder dem erstatteten Berichte gemäss das Königsgericht entscheidet. Das Zugeständnis des Klagfaktums von seiten des Vogtes wäre, weil gegen den königlichen Befehl, für das Urteil nicht massgebend. Davon könnte nur im reinen Verhandlungsverfahren die Rede sein, wo der Fiskus seine Sache durch einen mit ausgedehnter Vollmacht versehenen Vertreter führen muss. Wenn aber der Beweis auf dem Inquisitionsprinzipe basiert und Inquisitio im Fiskalprozesse ein für allemal zur Regel

---

advocatus domni imperatoris und interpelliert: *quaero a parte domni imperatoris habere iustitiam.* Mur., Ant. I 461, a. 820 [Hübner nr. 698]: Streit zwischen dem Kloster Nonantola und Graf Hucbald *de parte fisci.* Die Sache wird vertagt, *comes Hucbaldus commendavit Raginperto scavino et advocatore suo, ut exinde inquireret et ad plaido plenam racionem exinde donaret.* Mur., SS. II b 373, a. 821 [Hübner nr. 701]: Der Abt von Farfa klagt: *iste Guinegis (dux) iniuste ipsas res ad regiam partem invasi(sse)t.* Der Beklagte bekennt schliesslich: *per nullam rationem ipsas res ad regiam partem tenere possum.* Es handelte sich um Aufhebung einer angeblich wegen *herisliz* erfolgten Konfiskation. Im Prozesse wegen Anisola Martene, Collectio ampl. I, col. 169, a. 863 [Hübner nr. 360] wird die Austragung der Sache im Wege kanonischen Verfahrens aufgegeben und beschlossen: *ut admitterentur advocati utriusque partis regalis videlicet et episcopalis.* Der Streit wird mittels *inquisitio* zu Ende geführt. Mur., Ant. I 973, a. 806 [Hübner nr. 680]: *Gisilari qui causam curtis domni regis peragebat.* Tiraboschi, Nonant. II 39 [Hübner nr. 696]: *qui causa ipsa da parte domini regis peragebant.* In Marca, marca Hispan. App. 796 [Hübner nr. 396] wird eine *notitia iudicati* von einem ständigen Fiskalvogt als sachfälligem Kläger gefertigt. *Signum Sesenandi mandatario domno Mirone comite ad causas fiscales requirendas.* Bei Meichelbeck nr. 434 [Hübner nr. 235] erscheinen Vögte (missi) des Kaisers. *N. et F. missi dominici interpellabant Hittonem episcopum pro ecclesiam.* [Vgl. H. Brunner, D. RG. II 306, Anm. 31.]

[1] Goldast, Script. rer. Al. II, formula 99 = Wartmann, U. B. von St. Gallen I 177, nr. 187 [Hübner nr. 175].

gemacht wird, ist die Vollmacht des Vertreters eine sehr eingeschränkte, um so mehr, falls auch die *definitiva sententia* dem Königsgerichte vorbehalten wird. Der Vogt wird schlechtweg entbehrlich, wenn der Fiskus der Beklagte ist, da schon im Gesetz oder in der Verordnung des Königs, welche unbedingt *inquisitio* erheischt, gewissermassen eine anticipierte Negation des Klagfaktums liegt.

Aus den meisten Bestimmungen über die Führung der Fiskalprozesse leuchtet die Absicht hervor, die Willkür der gerichtlichen Vertreter des Fiskus so viel als möglich einzuschränken. Es ist bekannt, wie sehr im deutschen Gerichtsverfahren die Thätigkeit der Partei der Ausgang des Prozesses beeinflusst. Dass der König seine Prozesse nicht alle selber führen konnte, ist klar, aber ebenso klar sein Interesse, sich seinen Einfluss als Partei zu wahren. Gegen Verstösse, die sich der Vogt des Königs zu schulden kommen liess, half das Reklamationsrecht. Allein gegen Kollusionen konnte auch der Vorbehalt der *definitiva sententia* nicht ausreichen,
[77] so lange nicht statt des formalen, auf den Beweisvertrag gebauten Beweisverfahrens ein Beweismittel gefunden wurde, das grössere Bürgschaft materieller Wahrheit in sich trug. Dass zu diesem Zwecke das für Erhaltung seines Grundbesitzes besorgte Königtum zum Inquisitionsbeweise griff, lässt sich aus der Doppelstellung des Königs als obersten Kriegsherrn und als Partei im Fiskalprozesse erklären. Denn darin liegt es begründet, dass zwar nicht der Richter in der Partei, aber die Partei im Richter aufging. Der Partei, welche sich über den Rechtsgrund ihrer Behauptung zu äussern hatte, war eine Frist gestattet, um sich über Mittel und Wege der eventuellen Beweisführung zu beraten, also privatim eine „*inquisitio*“ vorzunehmen. Diese ausserhalb des Prozesses liegende Inquisitio hat man bei Fiskalprozessen in das Verfahren selbst hineingetragen. Die inquisitorische Thätigkeit der Partei wurde zur Amtspflicht des Richters, der, ausgerüstet mit der Vollgewalt seines Gerichtsherrn, die Mittel besass, die Untersuchung in weit durchgreifenderer Weise zu führen, als dies der auf der Stufe einer Privatpartei stehende Vogt wäre im Stande gewesen. Nachdem die Inquisitio eine amtliche und öffentliche geworden, setzte sie sich geradezu an die Stelle des Gemeindezeugnisses, welches die private Inquisitio nur vorbereiten und ermöglichen wollte.

Ich fasse in kurzem die Ergebnisse zusammen, welche die vorausgehende Untersuchung über die Kapitularien uns geliefert hat. In Fiskalsachen kommt ein Verfahren zur Anwendung, welches *inquisitio* genannt wird und sich, soweit wir jetzt bereits ersehen können, in wesentlichen Punkten vom Zeugenverfahren unterscheidet. Die „*testes*" — um diesen für beide Verfahrensarten gemeinschaftlichen Ausdruck beizubehalten — werden nicht von der Partei produziert, — sondern vom Richter bestimmt. Zur Aussage sollen nur die *optimi pagenses* herangezogen werden, die durch Gegenzeugen zu überführen der Partei nicht gestattet ist. Die Aussage wird auf ein Wahrheitsversprechen hin abgelegt, und es besteht eine allgemeine Pflicht zur Aussage über Fiskalsachen, welche Pflicht durch den Treueid der Unterthanen begründet wird.

Mit dem Gesagten ist nicht gemeint, dass in allen Fiskalprozessen der Inquisitionsbeweis zur Anwendung kam. Der Fiskus konnte auch zu den Beweismitteln des ordentlichen Verfahrens greifen. Die Geltendmachung des Inquisitionsrechts stand ja im Willen der Partei.

Wenn wir von einem Inquisitionsrechte des Fiskus sprechen, [78] ist nicht zu übersehen, dass dieses zum Teil mit der richterlichen Inquisitionsgewalt zusammenfiel. Das Inquisitionsrecht der Partei ist selbständig und unabhängig vom Ermessen des mit Inquisitionsgewalt versehenen Richters. Wo Richter und Partei zusammenfallen, sind auch Inquisitionsrecht und Gewalt ungeschieden. Dies gilt vom Königsgerichte und vom Gerichte des Missus, welcher vom König zur inquisitorischen Verhandlung eines bestimmten Fiskalprozesses delegiert ist. Ohne auf die Inquisitionsgewalt, die einer späteren Erörterung vorbehalten bleibt, näher einzugehen, will ich hier nur folgendes bemerken. Eine Scheidung von Inquisitionsgewalt und fiskalischem Inquisitionsrechte kann hervortreten im Gerichte des Missus, welcher allgemeine Inquisitionsvollmacht besitzt. Doch bieten die Urkunden zur Feststellung der Voraussetzungen selten die genügenden Anhaltspunkte. Anders stellt sich die Sache, wenn der Inquisitionsbeweis ins Gaugericht niedersteigt. Diese Thatsache bietet uns ein Kriterium des Inquisitionsrechtes, da der ordentliche Richter den Inquisitionsbeweis aus eigenem Ermessen anzuordnen nicht befugt ist.

Inquisitionsrecht geniessen in erster Linie die Krongüter, welche der König nicht an andre ausgethan hat, die *res* oder *villae*

dominicatae, indominicatae[1]. Und zwar finden sich dafür in den Urkunden Beispiele von Inquisitio sowohl im Königsgerichte[2] und im Gerichte der königlichen Missi[3] als auch im Gaugerichte[4]. Inquisitionsrecht besitzen ferner die *res*, welche zwar nicht *ad opus*, aber *ad partem regis habentur*, also die königlichen Benefizien, denen in dieser Beziehung die Amtsgüter der königlichen Beamten und vermutlich auch die Aprisiones auf königlichem, weil sonst herrenlosem Grund und Boden gleichstehen. Doch dürfte dieser Satz der stillschweigenden Beschränkung unterliegen, dass im Prozesse zugleich auch das Eigentum des Königs, nicht bloss das Nutzungsrecht des Inhabers in Frage kommt, denn nur insofern ist die ratio juris bei Benefizien, deren Eigentum ja dem König bleibt, dieselbe wie bei unvergabtem Königsgut.

[79] Für das Ende des neunten Jahrhunderts ist die Gleichstellung von königlichen Benefizien mit den *res quae ad opus regis habentur* als feststehend bezeugt durch Ludwigs des Deutschen Urkunde für Sankt Gallen von 873 [Hübner nr. 390], in welcher er diesem Kloster das Inquisitionsrecht verleiht, *ut idem monasterium talem legem habeat, qualem caetera monasteria et beneficia nostra habent.* Dass dies auch für die ältere Zeit Grundsatz war, machen die in den Urkunden vorkommenden Beispiele mehr als wahrscheinlich. In dem Restitutionsprozesse für S. Victor zu Marseille von 780[5] werden die Insassen des Dijonergaues beschworen und befragt, ob jemand unter ihnen gegen den Bischof und die von ihm vorgewiesenen Urkunden auftreten könne in der Weise, *quod per annositatem aut per legem tricenariam in tempore pacis ad ipsum beneficium sui senioris aut ad partes domni Karoli regis perportare volebat.*

In dem Placitum[6], welches die Machtboten Karls des Grossen 804 zu Riziano in Istrien abhalten, lassen sie die ausgewählten Volksgenossen schwören, die Wahrheit aussagen zu wollen, soweit sie u. a. *de iustitia dominorum nostrorum* gefragt würden. Die Ant-

---

[1] Vgl. Waitz, VG. IV 120, Anm. 1 in fine.
[2] Martene, Coll. I 169 [Hübner nr. 360].
[3] Meichelbeck nr. 434 [Hübner nr. 235].
[4] Goldast, Form. 99 [Hübner nr. 175].
[5] Cartulaire de S. Victor I 43 [Hübner nr. 112].
[6] Carli, *Antichità italiche.* Milano 1791. *App. di documenti spettanti alla parte quarta* p. 5 ff. Teilweise abgedruckt bei Waitz, VG. III 405 ff. [III[2] 488. Hübner nr. 677a, S. 236].

wort auf diese Frage lautet: *Unde nos interrogastis de iustitiis dominorum nostrorum . . : ut scimus dicimus veritatem. De civitate Polensi solidi mancosi 66, de Ruvingo solidi mancosi 40 . . . qui faciunt insimul mancosas 344. Postquam Joannes devenit in ducatu ad suum opus istos solidos habuit et non dixit iustitia palatii fuisset. Item habet casale O. cum olivetis multis, item porcionem de casale P. cum vineis . . . in nova civitate habet fisco publico . . . omnia ista dux ad suam tenet manum exceptis illis 344 solidis sicut suprascriptum est, quod in palatium debent ambulare.* Die Geschworenen sagen aus erstens über die Abgaben, welche an die Pfalz abzuliefern sind (*quae habet imperator ad suum opus*), zweitens über den Besitzstand des Fiskus, welchen der *dux Joannes* als Amtsgut *de parte imperatoris ad suam manum* innehat, und zwar rechtmässig innehat[1], während er unrechtmässigerweise auch jene Abgaben für [80]
sich behielt. Für den Gegenstand dieser Untersuchung ist der Inhalt jener Aussage insofern von Belang, als aus ihr hervorgeht, dass auch das in Händen des *dux Joannes* befindliche Amtsgut zu den *iustitiae imperatoris* gerechnet wird und infolgedessen einen Gegenstand der Inquisitio bildet[2].

b) Das Inquisitionsrecht der Kirchen.

Das Inquisitionsrecht blieb nicht auf die Fiskalgüter beschränkt, sondern wurde über die ursprünglichen Grenzen seines Umfanges

[1] Carli a. O. IV S. 155 glaubt, dass der *dux* diese Besitzungen usurpiert habe, und sieht in den betreffenden Aussagen eine Anklage gegen denselben. Dem ist nicht so. Die Uebergriffe, welche sich der Herzog durch Aneignung von Gemeindegut zu schulden kommen liess, indem er es als Amtsgut behandelte, werden nicht in dem Artikel *de iustitia imperatoris*, sondern in dem Abschnitte *de forcia, quas Joannes dux nobis fecit*, aufgezählt. Die Entschuldigung des Ueberwiesenen lautet: *Istas silvas et pascuas, quae vos dicitis, ego credidi, quod ex parte, domini imperatoris in publico esse deberent.*

[2] Als Beispiel einer Inquisitio im Gaugericht, welche über den Umfang vermögensrechtlicher Amtsbefugnisse geführt wird, sei die Urkunde im *Cartulaire de S. Victor* I 32, nr. 26, a. 845 [Hübner nr. 321] angeführt. Der Vogt des Klosters interpelliert den Vertreter des zu Gericht sitzenden Vicarius comitis Adalberti wegen Vorenthaltung der Zolleinkünfte, welche dem Kloster vom König geschenkt worden waren. Der Vicarius Rotbert selbst ordnet die Inquisitio an und nimmt die Aussagen der Gaugenossen entgegen, die zu Gunsten des Klägers lauten.

ausgedehnt. In Bezug auf diese Ausdehnung kommen zumeist die Kirchen in Betracht, von welchen wir ja wissen, dass sie auch sonst so mancher fiskalischen Vorrechte teilhaftig wurden.

Nach einer etwas verderbten Kapitularienstelle galt der allgemeine Grundsatz, dass Kirchengut, welches von Schenkungen herrührt, im Gerichtsverfahren nach dem Rechte des Schenkers zu beurteilen sei. § 8 Responsa miss. dat., P. 227 [Responsa de rebus fiscalibus c. 3, Cap. I 297] verbietet, dass gegen die Inquisitionszeugen im Fiskalprozesse Gegenzeugen aufträten. (Vgl. oben S. 151.) Unmittelbar an dieses Verbot schliesst sich folgende Bestimmung an: *Porro adversus ecclesiaticas res eadem sententia maneat, quae tempore domini et genitoris nostri fuerant prolata, ut ecclesiarum defensores res suas contra suos adpetitores eadem lege defendant, qua ipsi vixerunt, qui easdem res ecclesiis condonaverunt* [1]. *Similiter et ecclesia eandem legem habeat adversum petitores suos tan-*
[81] *tum salva nostra iustitia.* Wie der letzte Satz hier vorliegt, gibt er kein rechtes Verständnis. Halten wir uns knapp an den Wortlaut, so enthält die Stelle eine Wiederholung des unmittelbar zuvor Gesagten. Dies würde gerechtfertigt sein, wenn wir nach dem „*similiter et*“ ein *postea* oder *nunc* oder *abhinc* einschieben. Der Sinn der Stelle wäre demnach folgender. In Kraft bleiben soll der unter Karl gefällte Ausspruch, dass Kirchengüter nach dem Rechte des Schenkers zu behandeln sind. Und so soll es fürder gehalten werden *salva nostra iustitia.* Schwierigkeiten macht auch die Erklärung dieser Beschränkung. Da früher vom Inquisitionsrechte des Fiskus die Rede war, so kann sie nur auf dieses sich beziehen. [Vermutlich ist gemeint, dass jener Grundsatz auch für das vom Fiskus herrührende Kirchengut gelten solle, aber mit Vorbehalt
[82] der besonderen fiskalischen Prozessvorrechte.] Die Vorrechte des Königsgutes, wie Mundium und Immunität, gehen bei einer Veräusserung in der Regel nicht über, sondern sind Gegenstand besonderer Verleihung. Dasselbe lässt sich vom Inquisitionsrechte behaupten, das noch mehr als jene den Charakter eines persönlichen Vorrechtes an sich trägt.

Einen allgemeinen Rechtssatz, dessen Tragweite das Gebiet dieser Untersuchung berühren dürfte, spricht eine Urkunde Karls

---

[1] Man beachte, wie sehr dieser Satz einschnitt in die Herrschaft der Rechtsregel: *ecclesia vivit lege Romana.*

des Grossen für das Schottenkloster Honau aus[1]. Karl ordnet Restitution der dieser Kirche abhanden gekommenen Güter an. *Et si quis retentat parum, commendat omnibus iudicibus terrae illius, ut illi quaerant omnes res ecclesiae cum ratione secundum legem Francorum, quia res peregrinorum propriae sunt regis.* Ich glaube nicht, dass wir nach allen Richtungen hin die Konsequenzen des hier ausgesprochenen Satzes ziehen dürfen. Die Güter der Fremden sollen nach fränkischem Rechte eingeklagt werden, weil sie sonst rechtlos wären und der König, auf dessen Schutz die Rechtsfähigkeit der *peregrini* zurückzuführen ist, nach fränkischem Rechte lebt. Ein Inquisitionsprivileg vermag ich aus dieser Stelle [83] um so weniger herauszulesen, als ein solches sich vor der Regierung Ludwigs sonst wohl nicht nachweisen lässt.

Kirchen, welche in *dominio regis* stehen, werden gerade so behandelt wie eigentliches Königsgut. Sie geniessen Mundium, Immunität und Inquisitionsrecht. Dass dies die Auffassung jener Zeit war, ergibt sich aus dem Verlauf des bekannten Prozesses, welchen das königliche Kloster Anisola mit dem Bistum Le Mans zu führen hatte[2]. Bischof Aldrich vindiziert am Königsgerichte das Kloster, welches *in proprietate regis* zu stehen behauptet. Dem entgegnet die bischöfliche Partei: *Si vestrum (domni Ludovici imperatoris) proprium esset (sc. monasterium) res ipsius secundum legem Salicam aut Ribuariam tuerentur, sicut alia loca et res, quae de vestro sunt proprio, faciunt.* Anisola scheint demnach es verschmäht oder versäumt zu haben, in seinen Prozessen die Vorrechte des Königsgutes geltend zu machen[3]. Auf Grund dieser Thatsache wird ihm von seinen Gegnern der königliche Charakter überhaupt abgesprochen[4].

---

[1] Mabillon, Annales ord. Bened. II 699, nr. 17 [Mühlbacher nr. 152 z. J. 773].

[2] Gesta Aldrici. Baluze, Miscell. III 118 ff.

[3] Das Kloster lebte, wenn man aus den Aeusserungen der Gegenpartei schliessen darf, nach römischem Rechte. Der Bischof lässt den Abt nach römischem und kanonischem Rechte kontumazieren.

[4] Die nächstfolgende Stelle des Memoriale: *et mancipia non partirentur sicut de aliis locis et rebus, quae de vestro sunt proprio, in illa regione est consuetudo facere,* welche Waitz, VG. IV 358, Anm. 1 undeutlich findet, ist auf Teilung der Kinder, deren unfreie Eltern verschiedenen Herren angehören, zu beziehen. Ueber die römische Rechtssitte vergleiche Novelle 156, c. 1, Nov. 162, c. 3, Nov. 157, und ausserdem Lex Wisig. L. X, tit. 1, § 17. —

Die Tradition eines Klosters an den König hat die Erwerbung des Inquisitionsrechtes zur Folge. Das septimanische Kloster Saint Chinian zu Vernasoubre wurde nach Urkunde Mabillon, Annales II 724, nr. 48 vom Jahre 826 [Mühlbacher nr. 806] an Kaiser Ludwig tradiert. Infolge der Tradition erwirbt es die dem königlichen Dominium zustehenden Vorrechte, unter welchen die prozessuale Gleichstellung mit dem Königsgute ausdrücklich erwähnt wird. „*Ut quietius ibidem viri dei domino famulari possint*
[84] *et a malis hominibus res eiusdem coenobii sicut (aliae res) nostrae proprietatis defendantur et tueri queant, hanc nostram imperialem auctoritatem huius rei gratia fieri iussimus, ut omnes sub nostra etiam speciali defensione et immunitatis tuitione consistere non dubitent.*“ Die Tradition hat an sich die prozessuale Gleichstellung mit dem Königsgute zur Folge. Damit das Kloster diese Wirkung der Tradition geltend machen könne, wird sie urkundlich bezeugt. Weil die königlichen Prozessvorrechte hier weder ausdrücklich verliehen noch ausdrücklich bestätigt, sondern nur als Motiv für die Beurkundung der Tradition angeführt werden, habe ich diese Urkunde nicht unter die Reihe der nun folgenden Inquisitionsprivilegien aufgenommen.

Inquisitionsprivilegien [1].

Seit Ludwig dem Frommen wird das Inquisitionsrecht einzelnen Kirchen ausdrücklich bestätigt oder verliehen und pflegt die prozessuale Gleichstellung von solchem Kirchengute mit dem Königsgute urkundlich ausgesprochen zu werden. Wie den mit Mundbriefen begabten Klöstern die Stellung der königlichen Eigenklöster zum Vorbilde diente [2], so tritt [diesseits der Alpen] auch das Inquisitionsrecht zuerst bei Kirchen *in dominio regis* hervor.

Pippin I. von Aquitanien verleiht 834 dem Kloster S. Hilaire de Poitiers das Recht, *ut si qui ex familia fratrum ad illorum villas pertinentes de caeteris beneficiis S. Hilarii aut vir uxorem aut uxor virum in coniugio acceperit, proles eorum non dividantur sed ibi permaneant.* Bouquet VI 672, Böhmer nr. 2075.

[1] Da man bisher bei rechtsgeschichtlicher Verwertung der Urkunden die Verleihung des Inquisitionsrechtes entweder gar nicht oder nur nebenhin in Betracht zu ziehen pflegte, so stelle ich auf die Gefahr hin, zu ermüden, in diesem Abschnitte die mir bekannten Inquisitionsprivilegien zusammen.

[2] Sickel a. O. S. 39 unterscheidet: 1. durch Stiftung königliche Klöster; für sie ist ein besonderer Mundbrief gar nicht bekannt; 2. tradierte Klöster;

Ein erstes sicheres Beispiel bietet [ausserhalb Italiens] Ludwigs des Frommen Urkunde für Kempten[1] von 833. Der Abt hatte den Kaiser gebeten: *ut eum cum omnibus rebus et hominibus* [85] *ad se pertinentibus sub tali defensione ac provisione esse fecessimus, quemadmodum fisci nostri ad partem nostram a malivolorum hominum infestationibus defenduntur, examinantur atque tuantur.* Obwohl das Kloster im Eigentum des Königs stehe, hätten die Gaugenossen geltend gemacht, dass dessen Güter nicht wie Königsgut, sondern wie ihre eigenen Besitzungen zu behandeln seien. Auf diese Bitte hin befiehlt der Kaiser: *ut omnes res atque homines praescripti monasterii nostri abhinc in futurum . . . sub tali lege tutae ac provisae in adquirendis rebus atque defensandis vel etiam examinandis consistant, quemadmodum per imperium nostrum res fisci nostri tuentur, adquiruntur atque examinantur.*

Um im Gebiete des schwäbischen Rechtes zu bleiben, stelle ich die Inquisitionsprivilegien Sankt Gallens in die Reihe. Am 1. Februar 873 erhält Sankt Gallen von Ludwig dem Deutschen eine Immunitätsurkunde[2] mit dem Zusatze: „*decernimus atque iubemus ut quitquid adquirendum est ad praefatum monasterium sancti Galli eo tenore et ordine adquiratur et teneatur quo etiam in monasterio Augiae habent ac tenent, et nullus iudex publicus . . .*“ es folgt die Immunitätsformel. Mit dieser Bestimmung steht in Zusammenhang ein Schreiben vom 9. April desselben Jahres, welches der König an seinen Sohn Karl, der damals Schwaben besass, richtete[3], um die angeführte Stelle seines Privilegs vom 1. Februar näher auszuführen[4]. Abt Hartmut und andre unsrer Getreuen, heisst es in

---

sie erhalten ein für allemal ein Diplom über die Thatsache der Tradition und über das daraus folgende Mundium; 3. kommendierte Klöster. Die Kommendation begründet nur ein vorübergehendes persönliches Verhältnis und muss nach dem Tode des Kommendierten sowie des Empfängers der Kommendation zwischen den Nachfolgern erneuert werden. Derartige Klöster haben eine Reihe von Mundbriefen aufzuweisen.

[1] Monumenta Boica XXVIII a p. 23 [Mühlbacher nr. 892]. Die Urkunde trägt, wie Sickel, Beiträge V 64, Anm. 1, mitteilt, auf der Rückseite von einer Hand des ausgehenden neunten Jahrhunderts die Bemerkung: *praeceptum d. Hludowici imperatoris de tuitione vel provisione atque defensione sive inquisitione sicuti dominici fisci.*

[2] Wartmann II 182, nr. 569 [Mühlbacher nr. 1449].

[3] Wartmann II 183, nr. 570 [Mühlbacher nr. 1451].

[4] Mit dieser Urkunde stimmt fast vollständig ein Brief Ludw. d. D. an

diesem Schreiben, haben uns berichtet, dass das Kloster Sankt Gallen in manchen Punkten *(in quibusdam causis)* bei euch nicht dieselben Gerechtsame geniesse, deren sonst unsre Klöster und Benefizien teilhaftig sind. Daher wünschen und befehlen wir, dass [86] dieser Mangel von nun an behoben werde und Sankt Gallen dasselbe Vorrecht habe wie unsre übrigen Klöster und Benefizien, *videlicet ut res illius, ubi necessitas exegerit, cum sacramento inquirantur, quia eandem dominationem et potestatem super hoc monasterium habere volumus, quam super caetera monasteria et beneficia nostra habemus sicut monasterium Augiae et reliqua monasteria.*

Karl der Dicke bestätigt 30. Mai 887[1]: *quaedam decreta et statuta antecessorum ... in quibus continebatur de immunitate et de coacto iuramento monasterii S. Galli.* Das „*coactum iuramentum*", der gebannte Schwur, ist eine Eigentümlichkeit des Inquisitionsbeweises und wird hier — *pars pro toto* — zur Bezeichnung des ganzen Verfahrens gebraucht. „*Statuimus*", fährt das Diplom fort, „*ut sicut monasterium Augiae et caetera loca ad fiscum nostrum pertinentia coactum iuramentum et*[2] *inmunitatem habent, ita quoque praefatum monasterium S. G. et res, quae modo ad ipsum pertinent et quae deinceps ad ipsum locum a fidelibus tradentur, coactum iuramentum et inmunitatem habeant, talique lege sub nostra ... tuitionis inmunitate omni tempore contineantur ut ... ubicumque necesse sit res eiusdem loci cum coacto iuramento firmiter inquirantur*". Karls Urkunde wurde nachträglich von Arnulf zum Zwecke der Bestätigung gefertigt. 893 stellt dieser ein neues Diplom aus, das mit jenem fast buchstäblich gleichlautet[3], und erlässt zugleich ein dieser Erneuerung entsprechendes Mandat an die Grafen und Grossen Alamanniens[4]. „*Decernimus ut unusquisque comitum nostrorum vel vicariorum in singulis comitatibus et ministeriis, quicquid ad praefatum monasterium causae seu iustae mallationis ab advocato vel rectoribus eius fuerit perquirendum, statim ad praesens sine contra-*

---

die Grafen Udalrich und Hatto und die übrigen Grafen Alamanniens, abgedruckt bei Sickel, Beiträge II, W. Sitz.-Ber. 39, S. 159 im Anhang und bei Wartmann II 84, nr. 435. [Die Urkunde stammt aus den Jahren 845—854. Siehe Mühlbacher nr. 1370.]

[1] Wartmann II 264, nr. 661 [Mühlbacher nr. 1703].

[2] Das Inquisitionsrecht ist in dem Ausdrucke *immunitas* nicht inbegriffen.

[3] Wartmann II 289, nr. 687 [Mühlbacher nr. 1831].

[4] Wartmann II 290, nr. 688 [Mühlbacher nr. 1832].

dictionis obstaculo vel neglectu cum iuramento ex regia potestate coacto . . . monasterio iustitiam facere non omittat, si gratiam nostram habere voluerit". Sollte jemand der Ausführung dieses Befehles Widerstand entgegensetzen, so soll ihn der Graf vor das Königsgericht bannen, und zwar bei Königsbann, „*ut ibi . . . diiudicatus . . ., sentiat nostram potestatem non esse temnandam"*. Ludwig das Kind [87]
bestätigt 903, 24. Juni[1] sämtliche Rechte Sankt Gallens, darunter das Inquisitionsrecht mit den Worten: „*Et quicquid legali inquisitione ad ipsum monasterium inquirendum sit, sub coacto iuramento nobilium virorum in unoquoque comitatu habitantium, in quo huiusmodi inquisitio sit facienda, ita inquiratur, sicut monasterio, Sindleozzesaua*[2] *dicto, ibi in vicino posito concessum est inquirendum"*. Ich schliesse die Reihe mit Konrads I. Bestätigung vom 14. März 912[3]. Die Inquisitionsformel lautet: „*Rectores (monasterii) veluti in Constantia civitate et in Augiensi monasterio, ius sibi a nobis teneant concessum in exigendis iam dicti monasterii rebus per advocatos eorum in placitis legalibus coactum exercere iuramentum"*.

Ein Inquisitionsprivileg glaube ich auch in Ludwigs des Frommen Urkunde für das septimanische Kloster Aniane vom Jahre 835[4] zu erkennen. „. . . *quia constat idem monasterium nostrum proprium esse* (es war Karl dem Grossen tradiert worden[5]) *volumus et praecipimus, ut saepe nominatus advocatus nulla ullatenus testimonia super nostra eiusdem immunitate*[6] *monasterii testes recipiat. Sed quidquid iuste et legaliter quaesierit sive defenderit cum nostrae partis testibus effectum rei evindicare ac perficere studeat."* Sollte jemand der Geltendmachung dieses Rechtes sich widersetzen, so hat der Vogt es dem Kaiser zu berichten, welcher die Nichtachtung seines Befehles gebührend zu ahnden droht. Das Verbot der Zeugenproduktion weist auf den Inquisitionsbeweis, welcher dem Gegner des Inquisitionsberechtigten den Weg zum Zeugenbeweise verlegt, ebenso der Umstand, dass dieses Vorrecht auf die königliche Eigenschaft des Klosters zurückgeführt wird. Schwierigkeiten macht der Ausdruck *testes nostrae partis*. An gewöhnliche

[1] Wartmann II 328, nr. 726 [Mühlbacher nr. 1953].
[2] Reichenau.
[3] Neugart I 560, nr. 682. Böhmer 1235 [MG. Dipl. Konrad I, nr. 5].
[4] Bouquet VI 600 [Mühlbacher nr. 912].
[5] Sickel, Beitr. III 35.
[6] Immunitas bezeichnet hier die in der Immunität inbegriffenen Güter.

Zeugen ist nicht zu denken. Denn wenn in allen Fällen die Zeugen der einen Partei entscheiden sollen, so muss doch die Möglichkeit ins Auge gefasst werden, dass sie auch zu Gunsten des Gegners [88] aussagen. Im ordentlichen Verfahren ist aber ein Schwur — denn dieser, nicht die Aussage entscheidet[1] — der von einer Partei produzierten Zeugen zu Gunsten der andern unmöglich. Ein ausschliessliches Recht des Vogtes, Zeugen (im eigentlichen Sinne) zu produzieren, kann daher nicht statuiert worden sein. Entweder erhielt der Klostervogt die Befugnis, die Geschworenen vorzuschlagen, oder diese werden deshalb, weil sie der Richter in Ausübung der königlichen Gerichtsgewalt zu ernennen hat, als Königszeugen betrachtet.

[Laut einer gefälschten Urkunde wurde angeblich das] königliche Kloster Nantua 852 von Lothar dem Erzbistum Lyon geschenkt. Da es durch die Schenkung den Charakter des Königsgutes verloren hätte, wurde [vermutlich gleichzeitig, jedenfalls im Zusammenhange mit jener Fälschung eine zweite Kaiserurkunde fabriziert, welche] ihm die Prozessprivilegien, die es bis dahin als solches selbstverständlich genossen, ausdrücklich zuerkennt. Der Kaiser bestimmt darin[2], *ut in cunctis interpellationibus ac responsionibus diversarumque querimoniarum negotiis ipsa lege eo modo eodemque tenore advocatus iamdicti monasterii interpellet vel respondeat, quoto* (lege: *quo eo*) *tempore solitus erat, quando id sub nostrae proprietatis inerat dominio.* Ein Inquisitionsprivileg findet in den Worten . . . *interpellet vel respondeat* . . . insoferne Raum, als Beweisrolle und Beweismittel und hiermit auch die Anwendung des Inquisitionsbeweises durch die Wechselreden der Parteien festgestellt wird.

Das Marienkloster in der Pfalz zu Compiègne, also im Gebiete des salfränkischen Rechtes, erhält 877[3] von Karl dem Kahlen eine Immunitätsurkunde, in welcher zugleich die prozessuale Gleichstellung des Kirchengutes mit dem Königsgute ausgesprochen und durch die königliche Stiftung der Kirche begründet wird. „*Quia praefatas res omnes ex fiscis nostris fuisse constat, volumus . . . ut sub ea lege, qua res fisci nostri, iugiter maneant atque sub*

[1] Vgl. oben die Darstellung des Zeugenverfahrens aus Urkunden des westgothischen Rechtes.

[2] Bouquet VIII 391, nr. 36 [Mühlbacher nr. 1119; vgl. nr. 1118].

[3] Bouquet VIII 659, nr. 272. Böhmer nr. 1809.

eo mundeburde et defensione tueantur ac defendantur et sub ea tuitione imperiali consistant, qua coenobia Prumia[1] *scilicet, quod atavus noster Pippinus construxit, et monasterium sanctimonialium Lauduno*[2] *... constructum consistere noscuntur.*"

Dem von Ludwig II. gegründeten Kloster Casaurea wird [89] in dem Stiftungsdiplome[3] vom Jahr 873 das Inquisitionsrecht von vornherein zugesichert. „*Ubicunque autem vel undecunque necesse habuerint, tanquam pro dominicatis nostris ita pro rebus eorum ac familiis a nostris executoribus inquisitionem fieri voluimus.* In der Schenkungsurkunde von 874[4] wird dies Recht gleichfalls hervorgehoben. „*Omnia autem haec precipimus ut, si intentio exorta fuerit, a publicis ministris tanquam de dominicatis nostris per inquisitionem exigantur.*"

Die Inquisitionsprivilegien für königliche Eigenklöster enthalten nicht sowohl eine Verleihung, als eine Anerkennung und Bestätigung des Inquisitionsrechtes, das ihnen in jener Eigenschaft von Rechts wegen zukommt. Bezeichnend tritt dieser Grundsatz in einem Diplome für Novalese hervor, das angeblich von Ludwig dem Frommen 814 ausgestellt worden ist[5]. Der ohne Zweifel gefälschten Urkunde liegt eine gute Vorlage aus dem Ende des neunten Jahrhunderts zu Grunde. Die Inquisitionsformel lässt sich für die Zustände der spätkarolingischen Zeit unbedenklich verwerten[6]. Sie lautet: „*Ubicumque res de supranominato monasterio coniacent, per fideles nostros studiose defendantur et tueantur sicut nostra specialis causa, quia ut multis notum est, (a?) ... Pippino avo nostro simulque ... Carolo per donationem scripturae vere traditae fuerunt.*"

Gehen wir über den Kreis der königlichen Eigenklöster hinaus, so zeigt sich, dass auch andern Kirchen das Inquisitionsrecht zu Teil wird, und zwar durch Verleihung im eigentlichen Sinne

---

[1] Prüm.
[2] Laon.
[3] Muratori, SS. IIb 801 [Mühlbacher nr. 1222].
[4] Muratori, SS. IIb 807 [Mühlbacher nr. 1228; vgl. nr. 1223].
[5] Muratori, Ant. III 31 [Mühlbacher nr. 513].
[6] Ueber die Gründe der Unechtheit siehe Muratori a. O. und vgl. Waitz, VG. IV 382, Anm. 1. Abgesehen von den handgreiflichen Interpolationen über Gerichtsgewalt kann der Inhalt der Urkunde für das Ende des neunten Jahrhunderts zugelassen werden; [nach Mühlbacher nr. 513 ist der nur teilweise verunechteten Urkunde eine Interpolation betreffs der Regalien angefügt].

und ohne Rücksicht darauf, ob sie in *mundio regis* stehen oder doch wenigstens ihrer Qualität nach stehen könnten. Letzteres Moment ist bei der Gruppierung der folgenden Urkunden für mich das entscheidende, da es bei manchen Kirchen nicht klar ist, ob und wann sie sich unter das königliche Mundium gestellt haben. Es werden demnach zuerst Klöster und Plebankirchen, die bekanntlich im Eigentum und daher auch im besondern Schutze des Königs
[90] stehen konnten, und dann die bischöflichen Kirchen behandelt, bei welchen (mindestens bis in die Mitte des neunten Jahrhunderts) weder das eine noch das andre statthaft war[1].

Das italienische Kloster Farfa, welches in königlichem Schutze stand, liess sich von Ludwig dem Frommen [im Jahre 818] eine Urkunde ausstellen, die folgendes Mandat enthält[2]. „*Ubicumque contentio de rebus ad ipsum monasterium pertinentibus exorta fuerit, vos qui iudiciariam potestatem habetis, sic illam inquiratis sicuti nostram regiam et imperialem causam inquirere deberetis et hoc semper per meliores et veracissimos, qui in illis viciniorībus locis fuerunt, investigetur et ubicumque per bonorum hominum testimonium rei veritas inventa fuerit neque hoc ulla difficultas impedierit, statim pars praedicti monasterii suam recipiat iustitiam et ea tantum differantur, quae propter conuiguitatem diffiniri non possunt.*“ Die Gerichte sollen in der Regel unmittelbar auf Grund der von ihnen vorgenommenen Untersuchung das Urteil fällen und vollstrecken, also ohne erst eine *definitiva sententia* vom Hof einzuholen. Letzteres soll nur ausnahmsweise geschehen, wie es scheint dann, wenn die für die beiden Parteien sprechenden Gründe sich derart die Wage halten, dass die Entscheidung zweifelhaft wird[3]. Ein Diplom Karls des Kahlen von 875, welches dem Abte von Farfa die Rechte seines Klosters bestätigt, führt auch das Inquisitionsrecht, und zwar in folgender Fassung, an: *Si de qualibet causa a parte ipsius monasterii orta fuerit intentio, non per viles personas sed per nobiliores homines et veraciores sicuti ad partem nostram rei veritas inquiratur*[4].

---

[1] Vgl. Sickel, Beiträge III 70. [H. Brunner, D. RG. II 54 f.]

[2] [Regesto di Farfa II 193, nr. 254. Mühlbacher nr. 645.]

[3] [Siehe Du Cange-Henschel, Gloss. II 584 s. v. conviguitas.]

[4] Muratori, SS. IIb 405. Böhmer 1788. [Derselbe Passus findet sich ohne den Zusatz *sicuti ad partem nostram* bereits in der Urkunde Ludwigs I. vom Jahre 820, Mühlbacher nr. 694.]

Das Kloster Vincenzo di Volturno muss von Ludwig dem Frommen und dessen Enkel Ludwig II. Inquisitionsprivilegien erworben haben. Denn in einem Placitum von 854 [1] verlangen Propst und Vogt der Kirche den Inquisitionsbeweis mit Berufung auf eine [91] Urkunde Ludwigs des Frommen und eine Confirmatio Ludwigs II. des Inhalts: *ut undecunque pars monasterii testes minime habere posset, exinde inquisitio fieri deberet sicut et de regia parte.* Die typisch ausgezeichneten Worte geben einen Fingerzeig über den praktischen Wert des Inquisitionsrechtes.

Das Nonnenkloster S. Maria Theodata zu Pavia hat das Inquisitionsrecht 841 von Lothar I. erhalten [2]. Charakteristisch ist die motivierende Erzählung der Urkunde. Die Aebtissin Asia berichtet dem Kaiser: *quod de rebus ecclesiae suae vel familiis multam pateretur diminutionem atque dispendium a pravis et invasoribus hominibus.* Daher bittet sie: *ut ... nostrae auctoritatis scriptum fieri iuberemus concedendo inquisitionem de rebus et mancipiis eiusdem cenobii.* Diesem Ansuchen willfahrend befiehlt Lothar: *ut ubicumque neccessitas postulaverit,. de rebus vel familiis memoratae ecclesiae vera fiat inquisitio per veraces et idoneos homines et quorum testimonium dinoscitur esse probabile.* Bestätigt wird diese Verleihung [871 von Ludwig II.[3] und] 881 von Karl dem Dicken[4]: *Regia sancimus auctoritate, ut cum necessitas evenerit, de rebus et familiis ipsius monasterii per inquisitionem regalem rei veritas approbetur.* Nach Urkunde Guidos [5] soll in Streitigkeiten über Güter und Leute der Kirche der Beweis nötigenfalls *per imperialem inquisitionem* erbracht werden. Bemerkenswert ist, dass die *inquisitio* durch die Beiwörter „*vera, regalis, imperialis*" näher bezeichnet wird, um dadurch den technischen Inquisitionsbeweis im Gegensatz zu den sonstigen Bedeutungen von Inquisitio auszudrücken.

Die Kirche des heiligen Lorenz zu Genivolta in der Grafschaft Cremona hatte ihre Urkunden verloren und liess sich in dem von Ludwig II. 853 darüber ausgestellten Apennis [6] das Inquisi-

[1] Murat., SS. Ib 398 [Hübner nr. 756].
[2] Muratori, Ant. V 277 [Mühlbacher nr. 1051].
[3] [Mühlbacher nr. 1214.]
[4] Mur., Ant. III 49 [Mühlbacher nr. 1582].
[5] Mur., Ant. III 43, ad a. 892. Böhmer nr. 1278.
[6] Mur., Ant. II 867 [Mühlbacher nr. 1151].

tionsrecht erteilen. „*Nam si aliqua contentio legalis de iustitia surrexerit, tunc praecipimus ut in quicquid pars eiusdem ecclesiae quesierit, bonorum ac meliorum circum assissentium hominum adhibeatur*
[92] *inquisitio, quales predictae ecclesiae pars prenominaverit, et quicquid iustum reperiri poterit, absque ulla subtractione vel tarditate pars potiatur ecclesiae . . .*“ Eigentümlich ist in dieser Urkunde die Bestimmung, dass der Richter jene Personen als Geschworene zu verwenden hat, welche die inquisitionsberechtigte Partei ihm vorgeschlagen hat. Wie sich weiter unten ergeben wird, verträgt sich das Recht, die Geschworenen vorzuschlagen allerdings mit dem Wesen des Inquisitionsbeweises, doch geht es über den Umfang der durch die Inquisitionsprivilegien im allgemeinen gewährten Befugnisse hinaus.

Sant Ambrosio di Milano wird 873 von Ludwig II. *sub imperialis mundburdi tutelam* aufgenommen [1]. Die Urkundenformel, durch welche dieser Kirche zugleich auch das Inquisitionsrecht zugestanden wird [2], stimmt fast wörtlich mit jener des Diploms für Casaurea vom selben Jahre [3]. Dieselbe Textierung zeigt die Bestätigung des Inquisitionsrechtes durch Karl den Dicken von 880 [4].

Stift Bobbio erhält 893 von Guido *ad petitionem abbatis* das Inquisitionsrecht zugesichert [5]. „*Concedimus ut in quibuslibet pagis ac territoribus de rebus supradicti coenobii aliqua orta fuerit contentio, cui vera sit inquisitio necessaria, ex nostra fiat auctoritate per idoneos homines, quorum testimonium probabile sit, ne aliqua interveniente incuria vel occasione eadem ecclesia de facultatibus suis aliquid cogatur amittere, quod ei iuste habere competit*“ (was bei formellem Beweisverfahren leicht der Fall sein konnte). Der Wortlaut dieser Stelle findet sich wieder in Urk. Lamberts von 896 [6] und in Berengars Privilegien vom 11. September [7] und 19. Oktober [8] 903.

Ein umfassendes Diplom [8], welches Berengar 899 für Nonan-

---

[1] Fumagalli, Codice dipl. S. Ambros. 413, nr. 103 [Mühlbacher nr. 1224].

[2] *ubicunque aut undecunque opus habuerit tamquam de dominicatis nostris ita de rebus ipsorum vel familiis inquisitionem fieri volumus.*

[3] Siehe oben S. 171.

[4] Fumagalli 480, nr. 118 [Mühlbacher nr. 1557].

[5] Monumenta Patriae Chart. I 81, nr. 49. Böhmer nr. 1280.

[6] Monumenta Patriae Chart. I 87, nr. 53.

[7] Ughelli IV 968. Böhmer nr. 1320.

[8] Ughelli IV 968. Böhmer nr. 1321.

tola ausstellt, bestätigt auch das Inquisitionsrecht dieser Kirche [1], doch scheint es diese nur in beschränktem Masse genossen zu haben. „*Confirmamus . . . nec non de inquisitionibus faciendis per* [93] *idoneos homines de possessionibus et rebus monasterii vestri per viginti annos et eo amplius, seu de placitis . . .*“ Die Stelle ist verderbt und daher etwas undeutlich. Wenn die Worte *possessionibus* bis *eo amplius* auf die *inquisitiones* zu beziehen sind, so denke ich nach Analogie von § 10, Cap. Worm. eccl. 829, P. 351 [2] an eine Beschränkung des Inquisitionsrechtes auf Güter, die in mindestens zwanzigjährigem Besitze der Kirche standen [3].

Ausserhalb Italiens scheinen nur wenige nichtkönigliche Klöster Inquisitionsprivilegien erhalten zu haben. Ich vermag mit Sicherheit nur noch auf die aquitanischen Klöster Solignac und Florent le vieil hinzuweisen, von welchen das erstere 839 [4] und 848 [5], das

---

[1] Muratori, Ant. II 155. Böhmer nr. 1312.

[2] Vgl. unten S. 184.

[3] Entschieden unecht ist eine angeblich von Aistulf 751 ausgestellte Urkunde für Nonantola, Muratori, SS. Ib 191. Sie steht unleugbar mit dem Privileg Berengars in Zusammenhang, da der Passus *De inquisitionibus . . . per viginti annos . . .* wiederkehrt.

Gleichfalls unecht ist eine Karl dem Grossen zugeschriebene Urkunde de dato 804 für Santa Maria in Organo zu Verona, Ughelli, Italia sacra V 704 [Mühlbacher nr. 400]. Eigentümlich ist ein Passus der Inquisitionsformel: *Addimus . . . et . . . sancimus ut ubicumque ad praefatum aliquid pertinet monasterium sive in montibus seu in planiciebus, secundum legum promulgationes Romanarum, si quaelibet inde particula diminuta fuerit, requiratur ita ut per circummanentes boni testimonii bonaeque famae homines inquisitio de rebus eiusdem fiat coenobii sicque ad ius et dominium atque possessionem perpetuam ipsius monasterii devolvatur.* Die Stelle *requiratur . . . coenobii* klingt wie eine echte Inquisitionsformel karolingischer Zeit. Ein anderes Bewandtnis hat es mit der Zurückführung des Inquisitionsbeweises auf römisches Recht. Dieses hat allerdings mit jenem die promissorische Eidesleistung gemein. Gesetzt aber, dass das inquisitorische Beweisverfahren römischrechtlichen Ursprungs ist, so hatte sich dasselbe doch jedenfalls im Laufe des achten und neunten Jahrhunderts zu einer selbständigen und eigentümlichen Institution des germanischen Prozesses umgebildet, und dürfte man schwerlich gegen Ende des neunten Jahrhunderts das historische Bewusstsein des ursprünglichen Zusammenhangs gehabt haben. Der hervorgehobene Zusatz scheint mir daher eine Interpolation späterer Zeit zu sein, aus jener Zeit, als in Italien das Studium des römischen Rechtes bereits seinen Einfluss ausübte auf die juristische Auffassung deutschrechtlicher Institute.

[4] Bouquet VIII 355. Böhmer nr. 2085.

[5] a. O. 362. Böhmer nr. 2093.

[94] letztere 847[1] sich von Pippin II. die prozessuale Gleichstellung mit dem Königsgute zusichern liess. Die massgebende Formel lautet in allen drei Urkunden im wesentlichen übereinstimmend: *sicut res fiscorum nostrorum a nostris defenduntur aut adquiruntur advocatis, ita et res eiusdem monasterii .ab advocatis propriis acquirantur aut defendantur*[2].

---

[1] Bouquet VI 360. Böhmer nr. 2091.

[2] Unentschieden lasse ich es, ob folgende Urkunden ein Inquisitionsrecht statuieren.

Pippin I. für Saint-Julien de Brioude a. 836, Bouquet VI 674, nr. 15. B. nr. 2077. Vgl. die Erneuerung Karls des Kahlen, Bouquet VIII 645, a. 874. B. nr. 1785. Der König wird gebeten: *ut monasterium . . . sub nostro mundeburdo ac tuitionis opere acciperemus acceptumque nostra defenderemus praerogativa.* Nachdem das Recht der freien Vogtwahl ausgesprochen worden, fährt die Urkunde fort: *Ipsumque advocatum nemo praesumat temerario ausu distringere vel in tortum mittere, sed nostro coram comite palatii ecclesiam . . . absque alcuius inquietudine ved morarum dilatione liceat inquirere.* Das *„distringere"* bezieht sich auf Klagen gegen das Kloster, das in *„tortum mittere"* auf die Abweisung einer vom Kloster angebrachten Klage. Vgl. das *„de torto me appellas"* der langobardischen Formeln. Der Vogt des Klosters soll weder als Beklagter noch als Kläger einer *definitiva sententia* des Gaugerichts unterliegen. So weit geht das gewährte Vorrecht nicht über das gewöhnliche Reklamationsrecht hinaus. Es fragt sich nur, ob das *inquirere,* welches der Kirche im Gerichte des Pfalzgrafen zusteht, auf technische *inquisitio* zu beziehen sei oder nicht. Dafür spricht der Umstand, dass S. Julien de Brioude sich in *dominio regis* befindet. Andererseits lässt sich nicht verhehlen, dass jener Ausdruck hier auch eine andere, eine allgemeinere Bedeutung haben kann.

Ludwig der Deutsche für Altaich in Bayern a. a. 857, Mon. Boica XI 115 [Mühlbacher nr. 1382]. Altaich hatte von Ludwig dem Frommen einen Schutzbrief älterer Fassung bekommen [Mühlbacher nr. 716]. Die Urkunde Ludwigs des Deutschen sichert dem Kloster *defensio communis* zu, enthält aber in der Schutzformel: *liceat* (abbati) *res . . . remota totius iudiciariae potestatis inquietudine et vulgari appellatione . . . possidere* an den typisch herausgehobenen Worten ein eigentümliches Einschiebsel. An Appellation im heutigen Sinne des Wortes ist dabei nicht zu denken. Der Ausdruck *„appellare"* wird in der Lex Baiuw. für „klagen" gebraucht. § 25. Cap. miss. Aq. a. 819, P. 218 [Cap. I 291] wird die *appellatio* im Grafengericht der *reclamatio* im Gerichte des Missus geradezu entgegengesetzt. Appellatio bedeutet also so viel wie Interpellatio, und man könnte sich versucht fühlen, daraus ähnliche Folgerungen zu ziehen, wie ich es oben bei der Urkunde für Nantua gethan habe. Es wäre möglich, dass auch hier eine Hinweisung auf das Inquisitionsrecht vorliegt. Allein ein bestimmter Anhaltspunkt fehlt, daher ich auf jede Vermutung über die eigentliche Tragweite dieser Bestimmung verzichte. Vgl. übrigens Sickel, Beitr. III 83.

Ich gehe zur Gruppe der Inquisitionsprivilegien für Bistümer [95] über und beginne mit jenen des ostfränkischen Reiches. Strassburg erhielt ein solches Privileg 12. Juli 873 von Ludwig dem Deutschen[1]. Der in Betracht kommende Passus setzt an wie die Reklamationsformel der alten Mundbriefe: *Si quoque aliquae querimoniae adversus iam dictam ecclesiam tam de rebus quam de hominibus liberis et servis ortae fuerint, quae absque gravi et iniquo dispendio diffinire nequiverint* — der Schlusssatz aber gewährt nicht, wie man nach diesen Worten erwarten sollte, Reklamations- sondern Inquisitionsrecht — *iubemus, ut per idoneos circa vicinos et fideles nostros fideliumque nostrorum homines plenissime sub sacramento inquirantur et* (eine wieder an die Mundbriefe erinnernde Wendung) *ad finem usque rite deducantur.*

Die Urkunde Konrads I. für Chur von 912[2] enthält kein Inquisitionsprivileg, sondern eine Inquisitionsvollmacht und ist daher im Abschnitte von der Inquisitionsgewalt zu behandeln.

Eine verhältnismässig grosse Anzahl von Inquisitionsprivilegien haben die italienischen Bistümer aufzuweisen, wie denn auch unter den inquisitionsberechtigten nichtköniglichen Klöstern die italienischen am zahlreichsten vertreten sind. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die vielen notorischen Fälschungen italienischer Urkunden karolingischer Zeit das Terrain im allgemeinen etwas unsicher machen. Doch ist andrerseits die Uebereinstimmung der Inquisitionsformeln — und nur auf diese kommt es hier an — im wesentlichen so gross, dass durch das Faktum der Fälschung eines Inquisitionsprivilegs — wenn wir die in der Fälschung liegende Zurückdatierung des Rechtsverhältnisses berücksichtigen — das Ergebnis der Untersuchung nur bestätigt wird.

837 urkundet Lothar I.[3], dass der Bischof von Piacenza ihm mitgeteilt habe, wie sehr die Güter und Leute seiner Kirche von Ausflüchten und Anfechtungen ränkevoller Widersacher zu leiden hätten; deshalb sei es nötig „*in aliquibus causis subtilem* [96]

---

[1] Grandidier, Histoire de l'église de Strasbourg II 257, nr. 139 [Mühlbacher nr. 1454]. Die Urkunde ist nicht frei von Interpolationen. Vgl. Sickel, Beiträge zur Dipl. II, Sitz.-Ber. 39, S. 131, welcher die unbedenklichen Bestandteile anführt und darunter auch die im Texte ausgeschriebene Inquisitionsformel zählt.

[2] [Mon. Germ. Dipl. Konrad I 12.] Böhmer nr. 1241.

[3] Ughelli V 202 [Mühlbacher nr. 1023].

adhibere nostrae (sc. imperialis) auctoritatis inquisitionem pro stabilimento et utilitate eiusdem ecclesiae". Der Kaiser willfahrt dieser Bitte und gewährt dem Bistum das Recht „*ut ubicumque necesse se dixerit habere, pro rebus atque familiis praefatae ecclesiae subtilis valde prudentissimaque adhibeatur inquisitio per idoneos homines, quos ipse aut advocatus eiusdem ecclesie nunciaverit*" [1]. Bezeichend für den Umstand, dass derartige Verleihungen nur als persönliches Zugeständnis des Königs aufzufassen sind, ist die Motivierung, mit welcher die Urkunde abschliesst: . . . *ut iustissimo libramine eius iustitia inquisita S. Antoninum apud dominum mereamur habere intercessorem nobisque sempiternale compendium sit in futuro.* [Den Kanonikern der Kirche S. Antonin zu Piacenza verlieh Karl III. 881 u. a. das Inquisitionsrecht [2]. „*Precipinuus de suprascriptis rebus inquisitiones, ubi eorum contentio orta fuerit, per veraces homines circamanentes ipsius loci fieri ad rei veritatem inveniendam.*"]

Das Bistum Cremona erlangte das Inquisitionsrecht durch ein vom Jahre 843 datiertes Diplom Lothars [3]. Der Bischof bittet: *ut per nostram auctoritatem concederemus ei, ut quicquit praedicta sedes de rebus vel mancipiis iniuste privaverat, per inquisitionem in quibuslibet locis redintegrare valeret.* Diesem Ansuchen entsprechend wird bestimmt: *ut ubicumque ipsa sedes aliquid iniuste privatum habet tam de rebus quamque et de mancipiis, in quibus locis inquisitio facta fuerit per bonos et veraces et nobiles homines ipsius ibi commanentes, ubicumque de his facta fuerit causa, eas adquirere valeat,* auf dass die Kirche nicht wider Recht verliere, was ihr von Rechts wegen zukommt. Die *occasio legis* ist hier dieselbe wie in der vorigen Urkunde. Das Bistum ist in eine Reihe von Prozessen verwickelt oder sieht doch die Notwendigkeit voraus, seine verletzten Rechte gerichtlich geltend zu machen. Da die Beweismittel des ordentlichen Verfahrens zu versagen drohen, wendet es sich an den König, um ein Beweisprivilegium zu erlangen.

Das Inquisitionsrecht des Bistums Bergamo wird durch nicht weniger als fünf Urkunden bezeugt. Die Reihe eröffnet

---

[1] Vgl. oben S. 173 f. die Urkunde für Genivolta und unten die Darstellung des Beweisverfahrens *per inquisitionem*.

[2] [Mühlbacher nr. 1577. Mitteilungen des Instit. f. österr. GF. VII 445.]

[3] Muratori, Ant. II 975 [Mühlbacher nr. 1066].

Lothars undatiertes Diplom für Bischof Ageno[1]. Die Petitio geht gleichfalls von der Befürchtung aus, dass die Kirche ohne das [97] Inquisitionsrecht in bevorstehenden Prozessen zu Schaden kommen könne. Der Kaiser wird gebeten: *ut de rebus ecclesiae . . inquisitionem concederemus faciendam in quibuslibet comitatibus vel locis propter pravorum hominum invasionem, ne praefata ecclesia de facultate rerum suarum dispendium pateretur.* Die Verleihungsformel: *ut cum necessitas exegerit, de rebus praefatae sedis inquisitio fiat per circummanentes et idoneos homines, qui degunt in illis locis, ubi ipsae res adiacent*, bietet kein neues Moment. Lehrreich für das Wesen des Inquisitionsbeweises und in Bezug auf die praktischen Vorteile, um derentwillen ihn die Kirchen zu erlangen strebten, ist Karls des Dicken Urkunde von 883[2]. Der Kaiser befiehlt: *ut undecunque a tempore Magni Karoli legalem investituram habere dignoscitur iam dicta ecclesia, si ullam diminorationem seu disvestituram quislibet facere tentaverit, non sit necesse . . . episcopo eiusque successoribus sive eiusdem ecclesiae causam peragentibus ullam facere probationem sed diligenter per bonae fidei pagenses . . . si opus fuerit cum iureiurando studiosissime fiat inquisitio, quatenus rei veritas lucide clarescat.* Arnulf bestätigt 895[3] den vollen Besitzstand des Bistums *unde investitura ecclesiae clarescere potuerit sive per inquisitionem bonorum hominum circumquaque manentium sive per iudicum recordationem.* Ludwig III. hat das Inquisitionsrecht Bergamos in zwei Urkunden bestätigt, die beide im Jahre 901 ausgestellt sind. Die eine[4] stimmt bezüglich der Inquisitio fast wörtlich mit der angeführten Verleihung Karls des Dicken von 883. Die zweite[5] schmiegt sich dem Diplome Arnulfs an. Da das Bistum aus Anlass des Ungarneinfalles seine Urkunden verloren, werden seine Rechte und sein Besitzstand bestätigt. *Quod iudicum recordatione aut bonorum hominum circumquaque manentium inquisitione clarescere potuerit, ut iuris et possessionis ipsius ecclesiae fuerit . . possideat absque alicuius contradictione.*

---

[1] Lupi Codex dipl. civit. et eccl. Bergomatis I col. 722 [Mühlbacher nr. 1140].

[2] Ughelli IV 416 = Lupi I col. 955 [Mühlbacher nr. 1627].

[3] Lupi I col. 1043 [Mühlbacher nr. 1853].

[4] Lupi II col. 13. Böhmer nr. 1464.

[5] Lupi II col. 8. Böhmer nr. 1463.

[98] Die Urkunde Karls des Grossen für das Bistum Reggio[1] von 781 ist unecht[2]. Sie enthält das Zugeständnis: „*ut si contentio de rebus ac familiis eiusdem ecclesiae fuerit orta, liceat inquisitionem fieri per bonos et ingenuos homines circumquaque manentes usque ad sacramentum*". Verdächtig und verderbt ist auch Lothars Diplom für Reggio von 839[3], in welchem dieser mit Hinweis auf Karls des Grossen und Ludwigs des Frommen Verleihungen bestätigt „*immunitatem et inquisitionem per bonos et idoneos homines*". Unbedenklich ist dagegen Karls des Dicken umfassende Bestätigungsurkunde von 882[4]. Die Urkunden des Bistums Reggio seien verbrannt und hätten unter anderem enthalten: „*immunitatem et*[5] *more caeterarum ecclesiarum et inquisitionem per liberos homines ... et advocatos duos vel tres ...*" Mit den übrigen Rechten wird auch das Inquisitionsrecht bestätigt. „*Emunitatem quoque et inquisitionem vel advocationem per duos et tres, quos elegerint, perdonamus.*"

Ausführlicher spricht sich Ludwig III. im Jahre 906[6] über das Inquisitionsrecht Reggios aus. *Stabilimus ... de omnibus rebus seu familiis, quae hactenus ... subtractae fuisse noscuntur, sicut de nostri(s) dominicatis rebus per circummanentes homines inquisitio fiat, ut omnes res ipsius sedis in ipsius ... episcopi eiusque successorum redeant potestatem.*

Bischof Gaugin von Volterra[7] lässt sich 874 von Ludwig II. die Besitzungen und Rechte seiner Kirche bestätigen, die prekaristischen Vergabungen seiner Vorgänger für ungültig erklären und zudem das Inquisitionsrecht verleihen. „... *ubicumque vero praefato praesuli vel eiusdem ecclesiae oeconomis necessarium visum fuerit, ita de rebus seu familiis episcopi ipsius tanquam dominicatis nostris per idoneos et credentes homines inquisitionem fieri iubemus.*"

Modena wurde das Inquisitionsrecht in kurzen Zwischenräumen von Guido, Lambert und Berengar zugesichert. Guido
[99] gewährt es 891[8], indem er hinzufügt: *ut sicut res nostrae proprie-*

---

[1] Ughelli II 245 [Mühlbacher nr. 231].
[2] Sickel, Beiträge III 26, Anm. 1.
[3] Ughelli II 247 [Mühlbacher nr. 1029].
[4] Ughelli II 251 [Mühlbacher nr. 1585].
[5] Das *et* ist zu streichen oder durch *quoque* zu ersetzen.
[6] Ughelli II 255. Böhmer nr. 1457.
[7] Ughelli I 1428 [Mühlbacher nr. 1238].
[8] Tiraboschi, Mem. Modenesi I 66, nr. 51. Böhmer nr. 1274.

tatis in quibuslibet locis per inquisitionem manifestantur, ita res praedictae ecclesiae per idoneos et veraces homines inquirantur et ad plenissimam usque deducantur iustitiam tam nostris quam etiam successorum nostrorum temporibus. Wird das Inquisitionsrecht hier mit Hinweis auf das Königsgut verliehen, so wird es von Lambert 898 durch die Bezugnahme auf das gleiche Recht anderer Kirchen näher bezeichnet, indem er befiehlt, dass über die Güter des Bistums der Inquisitionsbeweis „*iuxta morem aliarum ecclesiarum*" geführt werden solle[1]. Diese Gleichstellung sagt nicht, dass alle anderen, sondern nur, dass einige andere Kirchen das erteilte Recht bereits besitzen. Ende desselben Jahres erneuert Berengar[2] das Privileg seines inzwischen verstorbenen Gegners mit Wiederholung des Wortlautes[3].

Das Bistum Como hatte nach Urkunde Ludwigs III.[4] von 901 diesem mehrere Diplome seiner Vorfahren von Karl dem Grossen an vorgelegt, welche bezeugten, *qualiter sub sua defensione eandem constituerant ecclesiam et singulas querimonias studio inde substulerant diversasque inquietudines concedendo submoverant.* Hieran reihen sich Bestimmungen über die Immunität der Kirche und allgemeine Bestätigung des Besitzstandes und endlich folgendes Vorrecht: *habeant ipsi homines liberi (ecclesiae) facundiam, cuius(cun)que sint natione, fideiussores et sacramentales seu testes esse secundum suam legem et contradare*[5] *et ad partem ipsius ecclesiae inquisitionem facere posse.* Zur Inquisitio werden sonst die *meliores pagenses* ver- [100]
wendet. Zu diesen können die auf Kirchengut ansässigen Freien in der Regel nicht gezählt werden. Hieraus erklärt sich das Be-

---

[1] Muratori, Ant. VI 341. Böhmer nr. 1288.

[2] Savioli, Ann. Bolognesi Ib 34, nr. 19. Böhmer nr. 1308.

[3] Eigentümlich ist das Beweisvorrecht, welches Guido dem Bistum erteilt für den Fall, *si conspiratio populi malevola ad tollendas res ecclesiae per vadia fuerit confirmata, ut testimonia et advocationem ad iustitiam capiendam ecclesia invenire non valeat, et ex hoc administratores sancti loci se reclamaverint, quod propter eiusmodi causam iustitiam ecclesia habere non possit.* Vgl. hiermit die entsprechenden Stellen in Lamberts und Berengars Privilegien. Unter solchen Verhältnissen musste den Kirchen das Inquisitionsrecht und das damit gewährte Vorrecht des Zeugenzwanges freilich in hohem Grade wünschenswert erscheinen.

[4] Savioli, Ann. Bologn. App. Ib 35, nr. 20. Böhmer nr. 1458.

[5] Vgl. form. Lang. zu Liber Papiensis Lud. 36: *appellator probet et publicus adversarius det contra (scil. testes) si vult.*

sondere dieser Verleihung, welche auf ein Inquisitionsrecht des Bistums zurückzuschliessen zwingt. Zu betonen wäre etwa noch, dass das *testes esse* der kirchlichen Hintersassen und das *inquisitionem facere* auseinandergehalten und dadurch der Gegensatz von Zeugen- und Inquisitionsbeweis angedeutet wird.

Parma lässt sich von Berengar 920[1] wegen Urkundenverlustes seinen Besitzstand bestätigen. *De quibus hactenus investita fuit ecclesia, per hoc nostrum praeceptum habeat et possideat et defendat tam per inquisitionem quamque per sacramentum adiurante suo advocatore.* Die Verbindung von Apennis und Inquisitionsrecht, von der wir hier abermals ein Beispiel haben, ist keine zufällige. Hier wie dort ist der Zustand der Beweislosigkeit, in welchen die Kirche durch den Verlust ihrer Urkunden geraten ist, die Veranlassung des Privilegs. Desselben Inhalts, aber schärfer in der Fassung als die obige Urkunde ist Berengar a. 921[2]: *concedimus illis, ut per hoc nostrum imperiale praeceptum proprietatem teneant ac defendant aut per inquistum de nostra parte publica aut per sacramentum, quod eo die, quando incendium supervenit, bonas et veraces munitates de ipsis rebus habeant.* Entweder werde der streitige Besitzstand durch *inquisitio pagensium* festgestellt, oder es schwöre der Vogt, dass die Kirche darüber eine echte und gültige Urkunde besessen habe. Greift die Kirche zur Inquisitio, so soll diese von Amts wegen in des Königs Namen vorgenommen werden. Ich führe schliesslich noch eine Urkunde Hugos für Parma von 930[3] an, deren Inquisitionsformel „. . . *non sit necesse facere probationem sed . . . iureiurando fiat inquisitio . . .*“ fast wörtlich mit jener in dem Diplome Karls des Dicken für Bergamo übereinstimmt[4].

[101] Ich fasse schliesslich die Ergebnisse zusammen, welche die angeführten Inquisitionsprivilegien für die Frage nach der Aus-

[1] Affo, Storia di Parma I 323, nr. 42. Böhmer nr. 1364.

[2] Affo I 325, nr. 44. Böhmer nr. 1367.

[3] Ughelli II 156. Böhmer nr. 1386. Cf. Ugh. II 152.

[4] Lothar II für Lyon, Bouquet VIII 410, nr. 10 [Mühlbacher nr. 1267] ist kein Inquisitionsprivileg, aber interessant, sofern der König zu Gunsten der Kirche die Einrede der Verjährung verbietet. Die Urkunden für Lucca, welche in den Placitis von 853 (Memorie di Lucca Vb 418, nr. 698) und 871 (M. d. L. IVb 52, nr. 39) produziert werden, sind Inquisitionsmandate *ad hoc*, die sich die Kirche urkundlich bestätigen liess, weil die Anwendung der Inquisitio von ihrem Verlangen abhängig gemacht wurde.

dehnung des Inquisitionsrechtes geliefert haben. Seit Ludwig dem Frommen wird das Inquisitionsrecht von Kirchen durch besondere königliche Verleihung erworben. Königliche Eigenklöster beanspruchen es als solche. So wie das Mundium ist auch das Inquisitionsrecht Ausfluss des *dominium regis*. Gleich jenem wird auch dieses auf nichtkönigliche Kirchen übertragen. Allein Mundium und Inquisitionsrecht sind nicht notwendig verbunden. Kommendierte Klöster haben als solche noch nicht die prozessualen Beweisvorrechte des Königsgutes. Zudem wird das Inquisitionsrecht in einer vom Mundium unabhängigen Richtung ausgedehnt, indem auch Kirchen, die nicht in *mundio regis*, resp. *in defensione speciali* stehen, es erhalten.

Seit Ludwig dem Frommen macht sich in der Stellung der Kirchen zur Staatsgewalt eine allmähliche Umwandlung geltend, deren Tendenz im allgemeinen dahin geht, die Kirchengüter rechtlich dem Königsgute gleichzustellen. Auch das Inquisitionsrecht spielt in diesem Prozesse der Gleichstellung seine Rolle. Eine chronologische Ordnung der eben angeführten Inquisitionsprivilegien ergibt, dass sie gegen Ende des neunten Jahrhunderts immer häufiger erteilt wurden. Diese Thatsache an sich spricht aber dafür, dass besondere königliche Verleihung die Grundlage des Inquisitionsrechtes geblieben ist. Schon darum kann ich der von Waitz, VG. IV 357 ff. ausgesprochenen Ansicht nicht beistimmen, dass das Prozessrecht des Fiskus, welches wir Inquisitionsrecht nennen, schon unter Ludwig dem Frommen auf sämtliche Kirchen ausgedehnt worden sei.

Wenn ein allgemeiner Rechtssatz besteht, wozu dann die speziellen Verleihungen, die sich als solche ankündigen und sowohl in Schwaben wie in Italien, in Franken wie in Aquitanien sich finden? Man könnte den Einwurf machen, dass jene Massregel in der Praxis nicht durchgegriffen habe und deshalb eine besondere Verleihung immer noch wünschenswert schien. Allein abgesehen [102]
davon, dass sich in den Inquisitionsprivilegien keine Spur dieser Anschauung findet, lässt sich die von Waitz behauptete Ausdehnung auch der Theorie nach nicht erweisen.

Prüfen wir die Stellen, die Waitz für seine Behauptung anführt. § 8, Resp. miss. dat. P. 227 [Responsa de rebus fiscalibus

c. 3, Cap. I 297] ist oben S. 164 bereits erörtert worden. Ein Inquisitionsrecht des von Königsschenkungen herrührenden Kirchengutes ist darin nicht statuiert. Als fernere Belege sollen § 10 des Cap. Worm. eccles. per se scrib. 829, P. 351 [Cap. II 13, c. 8] und § 1, Cap. missis dat. 829, P. 354 [Cap. II 9, c. 1] dienen. Nach der ersten Stelle dürfen bei Prozessen um Güter, welche die Kirchen durch dreissig Jahre *sine interpellatione* besessen haben, Zeugen nicht angenommen werden, *sed eo modo contineantur, sicut res ad fiscum dominicum pertinentes contineri solent.* In § 1, Cap. miss. dat. P. 354 werden die Kirchengüter provisorisch den Fiskalgütern gleichgestellt, *usque dum nos ad generale placitum nostrum cum fidelibus nostris invenerimus et constituerimus, qualiter in futurum de his fieri debeat.* Diese vorläufige Gleichstellung ist nach Waitz eine definitive geworden, da § 37, Cap. div. Lud. II. P. 527 den § 2 des Kapitulars von 829, P. 354[1] „*volumus ut omnis inquisitio, quae de rebus ad ius fisci nostri pertinentibus facienda est, non per testes . . . fiat*“ mit dem Einschiebsel „*et de rebus ecclesiasticis*“ wiederholt. Die Stichhaltigkeit des letzten und zugleich des Hauptargumentes zu prüfen, ist unnötig, da Boretius a. O. S. 192, 10 in den Cap. diversa Lud. II. ein Pseudokapitular nachgewiesen hat. Was die zwei zuerst genannten Stellen betrifft, so halte ich die zweite von ihnen für die ältere, die erste für die in Aussicht gestellte Erledigung der in jener nur provisorisch entschiedenen Frage. Ueber die Stellung des Capitulare missis datum P. 354 bin ich in Ermangelung der handschriftlichen Grundlagen nicht ins klare gekommen. Doch sehe ich keinen zwingenden Grund, es nicht vor dem Wormser Reichstag des Jahres 829 anzusetzen[2]. Es wäre doch sonderbar, wenn man am Wormser Reichstage einerseits beschlossen hätte, dass nur auf Grund dreissigjährigen Besitzes die Kirchengüter die Fiskalvorrechte geniessen sollen[2], und andrerseits die Missi beauftragt hätte, alle Kirchengüter ohne Rücksicht auf jene Beschränkung wie Königsgut zu behandeln, bis der nächste
[108] Reichstag die Frage endgültig entscheiden werde. Dass eine solche Entscheidung für den Wormser Reichstag von 829 angesetzt war, scheint mir in § 14 der Petitio episcoporum P. 340 [Cap. II 39,

---

[1] Siehe oben Seite 150.

[2] [Zustimmend Boretius und Krause in der neuen Kapitularienausgabe.]

c. 34] einen Stützpunkt zu finden. Die Bischöfe erklären: *De capitulo siquidem, quod propter honorem ecclesiasticum in generali conventu vestra celsitudo se constituere velle decrevit, tantummodo vestram pietatem deposcimus, ut secundum dei voluntatem, quod melius exinde vobis visum fuerit, ad effectum perducatis.* Wir wissen, dass die Frage über die prozessuale Stellung der Kirchengüter einem Reichstage vorbehalten wurde. Wir wissen, dass eine solche Entscheidung auf dem Wormser Reichstage 829 gefällt wurde. Dem gegenüber hat die Vermutung viele Wahrscheinlichkeit für sich, dass die angeführte Erklärung der Bischöfe sich auf diesen Gegenstand beziehe. Die Geschichte des Wormser Reichstages und der ihn vorbereitenden Beratungen zwingt zu dem Schlusse, dass die Geistlichkeit die Gleichstellung von Kirchen- und Königsgut anstrebte, aber im Reichstage nur unter einer Beschränkung durchsetzte, infolge deren die ursprünglichen Forderungen im wesentlichen unerfüllt blieben [1].

Nach der Teilung des Reiches hat die Kirche ihre Bestrebungen in der angedeuteten Richtung fortgesetzt. Auf den Mainzer Synoden von 847 und von 852 [Cap. II 177, c. 6, II 186, c. 4] ermahnen die versammelten Bischöfe König Ludwig den Deutschen: *Assensum (rex) non praebeat improvide affirmantibus, non debere esse res dominicas i. e. domino dominantium traditas ita sub defensione regis sicut propriae suae hereditates, magis magisque advertat, quia quanto deus excellentior est homine, tanto praestantior est divina causa mortalium possessione.*

Im westfränkischen Reiche scheint die prozessuale Gleichstellung von Kirchen- und Königsgut wenigstens prinzipiell anerkannt worden zu sein, dagegen ist die Durchführung derselben in Bezug auf das Inquisitionsrecht mehr als zweifelhaft. § 8 Conv.

---

[1] [In der neuesten Auflage IV² 427, Anm. 1 hält Waitz seine Ansicht aufrecht mit Berufung auf Cap. I 186, c. 2: ut de rebus earum (ecclesiarum) inquisitio a nobilioribus homines circummanentibus fiat. Das Kapitular, welches den Eindruck eines Capitulum missorum macht, wird handschriftlich einem Kaiser Ludwig zugeschrieben. Boretius vermutet, dass es 787—813 entstanden sei. Die Stelle bezieht sich nur auf Taufkirchen und dürfte nur als ein Mandat an die missi, nicht als Zeugnis für ein allgemeines Inquisitionsrecht der Kirchen aufzufassen sein. Gegen dieses spricht u. a. auch das oben S. 150 f. besprochene Verbot der Cap. de iustitiis faciendis von ungefähr 820, c. 1. Vgl. meine Entstehung der Schwurgerichte S. 97, Anm.]

Carisiac. 873, P. 520 [Cap. II 345], eine Stelle, welche Waitz a. O. nicht berücksichtigt hat, beginnt mit folgender Motivierung einer den Kirchen gewährten prozessualen Begünstigung: *Quia ... duo sunt, quibus principaliter mundus hic regitur, regia potestas et*
[104] *pontificalis auctoritas*[1] *et in libro capitulorum avi et patris nostri coniuncte ponitur, ut res et mancipia ecclesiarum eo modo contineantur, sicut res ad fiscum dominicum pertinentes contineri solent, iuste et rationabiliter de rebus et mancipiis, quae in regia et in ecclesiastica vestitura fuerunt, et uniformiter et uno modo tenendum est.* Die angezogene Stelle der Kapitularien Karls und Ludwigs kann nur § 10, Cap. Worm. per se scrib. eccl. 829, P. 351 [Cap. II 13, c. 8] sein, in welchem sich der Passus *eo modo contineantur* bis *contineri solent* wörtlich wiederfindet, während die Vergleichung mit § 1, Cap. miss. P. 354 [Cap. II 9, c. 1] einzelne Abweichungen zeigt. Da das Wormser Kapitular von 829 postansegisisch ist, so kann unter dem *liber capitulorum avi et patris nostri* nur Benedikt verstanden werden, dessen Sammlung in Cap. 171 (Bal.) der Karl dem Grossen zugeteilten[2] Additio quarta den erwähnten Beschluss des Wormser Reichstages enthält. Auffallend ist, dass der Conv. Carisiac. die Beschränkung auf dreissigjährigen Besitz, welche Benedikt dem Wormser Kapitular nachgeschrieben hat, einfach ignoriert. § 8 des Conv. Caris. behandelt, unmittelbar anschliessend an jenen Einleitungssatz, den Fall, in welchem die Kirche als Kläger auftritt um ein Gut, dessen Vestitura ihr entzogen worden ist. *Sicut quaecumque res et mancipia in regia vestitura ... fuerunt et nunc ab aliis detinentur, demonstretur, qualiter de regia vestitura ... exierunt ... ita et de rebus, quae in ecclesiarum vestitura fuerunt, unde quaestio fuerit, demonstretur, qua auctoritate in proprietatem eas quisque obtineant.* Vom Inquisitionsrechte ist in dieser Stelle nicht die Rede, es handelt sich vielmehr um einen Beweis des von der Kirche Beklagten, einen Beweis, welcher über das gewöhnliche Mass der Beweispflicht des Beklagten hinausgeht[3].

---

[1] Vgl. § 3, resc. consult. 829, P. 333 [Cap. II 29]: *duae sunt quippe ... quibus ... mundus hic regitur, auctoritas sacrata pontificum et regalis potestas.* Es ist bezeichnend, „dass in dem nachgebildeten Passus des Conv. Caris. die *regia potestas* der *pontificalis auctoritas* vorangeht.

[2] Vgl. Stobbe, Gesch. der Rechtsquellen I 239, Anm. 30.

[3] Die Bedeutung des gewährten Vorrechtes erhellt aus folgendem Satze: *quoniam quidam non contradicunt, quod res ... quae tenent, in vestitura nostra*

Wir stehen somit vor folgender Alternative. Entweder müssen wir die Einleitung in § 8, Conv. Car. als eine, obzwar unrichtige, aber authentische Interpretation der Bestimmung des Wormser Kapitulars hinnehmen und somit den Kirchen des westfränkischen Reiches von 873 an das Inquisitionsrecht zuerkennen. Oder wir [105]
nehmen an, dass der Ausspruch über die Gleichstellung von Kirchen- und Königsgut nur als theoretische Begründung der darauffolgenden Einzelbestimmungen figuriert [1], mit welcher es zwar im allgemeinen seine Richtigkeit hat, die aber auf das Inquisitionsrecht nicht auszudehnen ist. Ohne die Frage endgültig entscheiden zu wollen, neige ich mich der zweiten Ansicht zu, denn noch im Jahre 877 wird dem königlichen Kloster zu Compiègne [2] das Inquisitionsrecht verliehen, nicht, weil es auch die übrigen Kirchen geniessen, sondern *quia praefatas res omnes ex fiscis nostris fuisse constat* und nicht nach Art der übrigen Klöster, sondern mit bestimmtem Hinweis auf die Stellung der königlichen Familienstiftungen zu Prüm und Laon. [Gegen die Ausdehnung des kirchlichen Inquisitionsrechtes spricht insbesondere auch, dass nach den normannischen Quellen des dreizehnten Jahrhunderts es als ein hergebrachtes Vorrecht der Kirchen erscheint, durch die Einrede des dreissigjährigen Besitzes eine inquisitio ohne königliches breve zu erlangen, ein Rechtssatz, der die Fortdauer der in c. 8 des Wormser Kapitulars von 829, Cap. II 13, beliebten Beschränkung in überraschender Weise bestätigt [3].]

Was Italien betrifft, so liegt gegen die Ausdehnung des Inquisitionsrechtes in den Kapitularien ein bestimmtes Zeugnis vor. Den Beschlüssen der Versammlung, welche Ludwig II. im Jahre 856 zu Pavia abhielt [4], geht ein kurzer Prolog voraus, laut welchem damals die Bevölkerung eine Reihe von Bitten vorbrachte, *quas nos* — wie Ludwig II. erklärt — *dei amore et eorum fidelitate*

... non fuissent sed patres illorum morientes eis in hereditatem dimiserunt, ideo non volunt inde ullam auctoritatem ostendere sed suam hereditatem probare ...

[1] Dass die Konsequenzen des Satzes, den § 8 cit. an die Spitze stellt, im einzelnen erst gesetzlich festgestellt werden mussten, wird durch den weiteren Inhalt der Stelle dargethan. [Vgl. H. Brunner, D. RG. II 518.]

[2] Siehe oben Seite 170. Vgl. Sickel, Beiträge V 65.

[3] [Siehe meine Entstehung der Schwurgerichte S. 249 ff.]

[4] Hlud. II. Conv. Ticin. III, P. 435 [Cap. Papiense pro lege tenendum v. J. 856, II 90, c. 1].

ducti libenter suscepimus atque ideo subter annotata capitula ad eorum utilitatem conscribi fecimus, quas in futurum pro lege tenenda firmamus. Das zweite dieser Kapitel lautet: *Nostrae maiestati reclamaverunt tempore patris nostri vel nostri super eas superfluas factas fuisse inquisitiones. Ideo eis concedimus abhinc in futurum nullas alias super eos fieri inquisitiones, nisi unde Karoli proavi et avi nostri tempore factae fuerunt.*

Wenn auch die von den Unterthanen Ludwigs II. gerügte Ausdehnung der Inquisitio[1] nicht bloss auf den Inquisitionsbeweis, sondern auch auf das Rügeverfahren zu beziehen ist, so lässt sich doch mit der Konzession Ludwigs II. nimmermehr die Annahme vereinigen, dass neben derselben eine allgemeine, erst seit Lothars
[106] Regierungsantritt in Italien aufgekommene prozessuale Gleichstellung von Königs- und Kirchengut in Geltung geblieben sei[2].

Die Abneigung, welche die Bevölkerung gegen Prozessvorrechte im allgemeinen, gegen das der Inquisitio insbesondere kundgab, mochte den Bestrebungen nach Ausdehnung des Inquisitionsrechtes hindernd in den Weg treten. Begreiflicherweise hatte dieser Widerstand seine Wurzel in dem Bewusstsein des Gegensatzes, in welchem das neue Verfahren zu den alten Gerichtsgebräuchen des Volkes stand. Ich kann mir nicht versagen, hier auf einige interessante Urkunden einzugehen, in denen ich Spuren jener Auffassung zu erkennen glaube.

Vor den Machtboten Ludwigs II. klagt 871[3] der Bischof von Lucca durch seinen Vogt Eriteo gegen den Knaben Konrad und dessen Mundwart Fraipert auf Herausgabe eines Gehöftes. Der Vertreter des Beklagten beruft sich auf eine Prekarienurkunde,

---

[1] Du Cange s. v. *inquisitio* denkt bei dieser Stelle mit Unrecht an Erhebung von Abgaben.

[2] [In der Urkunde Regesto di Farfa IV 3 nr. 604 v. J. 1009, Hübner nr. 1174 beruft sich die Kirche auf eine Vorschrift Karls des Grossen, ubi res ecclesiastica per inquisitionem inveniri poterit, ut non excludat eam per possessionem aliquis, sed restituatur in ipsa ecclesia, unde ipsa res est, . . . tunc iudices fecerunt venire librum et ostenderunt ea ad legendum in ipso placito, quia per legem ipsam inquisitionem facere deberet. Dabei handelt es sich sicherlich um eine gefälschte Kapitularienstelle. Siehe Ficker, Ueber die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus, Wiener SB. 67, S. 586. Der Satz, dass niemand gegen die Kirche ersitzen könne, ist der fränkischen Gesetzgebung fremd, als Privileg ist er selten. Vgl. oben S. 182, Anm. 4.]

[3] Memorie di Lucca IVb 52, nr. 39 [Hübner nr. 775].

welche der Vorgänger des Klägers dem Vater Konrads ausgestellt habe. Der Vogt des Bischofs erklärt den Vertrag als aufgelöst, da der Vater des Knaben das geliehene Gut vertragswidrig verschlechtert habe. Fraipert leugnet, erklärt aber, dass er nicht in der Lage sei, seine Behauptung durch Zeugen zu beweisen. Infolgedessen geht das Recht des Zeugenbeweises auf den Kläger über, welcher um Frist bittet zur Erklärung „*si per testes aprobare posset*“. Zur festgesetzten Zeit erscheinen beide Teile abermals vor Gericht, und der Beklagte verlangt vom Kläger die versprochene Erklärung, ob er den Zeugenbeweis antreten wolle oder nicht. Anstatt zu antworten, weist der Vogt des Bischofs eine Urkunde Ludwigs II. vor, durch welche dieser seine Machtboten beauftragt, auf Verlangen des Bischofs den Inquisitionsbeweis anzuwenden. Nachdem das königliche Mandat verlesen worden, begehrt Eriteo, dass zur Inquisitio geschritten werde; es seien Männer zugegen, welche wüssten, dass das Streitobjekt derzeit in schlechterem Stande sei als zur Zeit der Verleihung. Auf diese Erklärung hin befiehlt Bischof Hoschisus, der Missus des Königs, dass jene Männer vorträten, die um die Sache wüssten. Dem widersetzt sich der Vormund des Knaben, indem er erklärt: Ich will nicht, dass in dieser Sache gegen meinen Mündel inquiriert werde. Wenn ihr beweisen wollt, so beweiset durch Zeugen; wo nicht, nehme ich den Beweis [107]
durch *inquisitio* nicht an und stehe ihm nicht, noch soll mein Mündel ihm stehen[1]. Zugleich heisst er den Knaben das Ding verlassen, um sich darauf selbst aus dem Gerichtsring zu entfernen. Der Missus aber befiehlt ihm bei Königsbann, dem Gerichte zu stehen und den Inquisitionsbeweis entgegenzunehmen. Da kehrt Fraipert zurück und ruft: „*iam dixi et iterum dico, quia in ista inquisitione non steti nec stabo*“ *et dum unam et aliam intermitteret occasionem*[2], *tunc foras se exinde abiit.*

Dass man in Schwaben dem Inquisitionsbeweise im allgemeinen nicht günstig war, beweisen die Strafandrohungen in den Privilegien für Sankt Gallen und die in Alamannien technisch gewordene Bezeichnung „*iuramentum coactum*“. Im Jahre 889 wird im Gau

[1] *Non volo, ut de hac causa super istum infantulum nulla inquisitione facta sit; nisi per testes adprobatio ipsa facere potetis, ita faciatis; sin autem non, per inquisitionem nullam exinde recipere volo nec stare nolo nec iste infantulo hic non sistat.*

[2] Scil. *standi in inquisitione.* Vgl. unten die Darstellung des Verfahrens.

Para in der *villa Duroheim* über die Erbanteile an der Kirche zu Löffingen gestritten. Wie es schon einmal, heisst es in der Urkunde[1], in den Tagen Karls des Dicken geschehen, liess man die *primores populi,* zwanzig an der Zahl, auf die Reliquien schwören und dann über die streitige Thatsache aussagen. Die Geschworenen bezeugen, dass nur fünf, von ihnen genannte Männer und deren Sippen *potestatem haberent ordinandi ecclesiam in Leffingon absque ullius inferioris aut suppositae personae contradictione.* Als aber von jenen, *qui se in illa ecclesia heredes ac dispositores haberi voluerunt,* die einen *garriendo,* die andern *mussitando* widersprachen, *optimates eiusdem concilii apprehensis spatis suis devotaverunt, se haec ita affirmaturos esse coram regibus et cunctis principibus usque ad sanguinis effusionem.* Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen Inquisitio und Zeugenbeweis, dass dieser durch den Widerspruch der Partei sich in das Ordal des Zweikampfes verwandeln kann. Nicht unbegründet scheint mir daher die Hypothese, dass der Widerstand der Sachfälligen gegen die der Volksanschauung widersprechende Unantastbarkeit des inquisitorischen Ergebnisses gerichtet
[108] war. Die Geschworenen ziehen die Schwerter und geloben für ihre Aussage ebenso wie Parteizeugen durch den Zweikampf einzustehen[2].

Ich kehre nach dieser Abschweifung zum Gegenstande zurück, indem ich zunächst wiederhole, dass sich ein allgemeines, auf eine Satzung gegründetes Inquisitionsrecht der Kirchen nicht nachweisen lässt. Es wurde nach wie vor, höchstens etwa mit Ausnahme von Westfrancien, den nichtköniglichen Kirchen nur durch Privilegien zu teil. Das Interesse des Königtums, das Inquisitionsrecht von besonderer Verleihung abhängig zu machen, und die Abneigung der Bevölkerung gegen die Ausdehnung des inquisitorischen Beweisverfahrens wirkten zusammen, den Tendenzen der Kirche Einhalt zu thun.

---

[1] Wartmann II 275, nr. 673 [Hübner nr. 429].

[2] Als Fälle, in welchen die Beklagten der *inquisitio* willen dingflüchtig werden, verzeichne ich noch Mon. Boic. XXXa 387 (über die Glaubwürdigkeit der Urkunde werde ich unten S. 196, Anm. 3 mich zu äussern Gelegenheit finden) und Goldast SS. rer. Alam. II, form. 95 = Wirt. UB. 84, nr. 57.

c) Die Inquisitio in den Schutzbriefen für Juden.

Eine besondere Gruppe von Inquisitionsprivilegien bilden die Schutzbriefe für Juden[1], für welche sich, wie Sickel, Beiträge III 80 bemerkt, in karolingischer Zeit ein eigentümliches Judenschutzrecht ausgebildet haben muss. Abgesehen von dem Reklamationsrechte, welches eine Folge des Mundiums ist, soll in Prozessen der Schutzjuden des Königs nötigenfalls das inquisitorische Beweisverfahren zur Anwendung kommen. Wenn ein Christ im Rechtswege einen Juden durch Zeugnis überführen will, so soll er dies mit sechs Zeugen, drei Juden und drei Christen, thun. Wenn dagegen der Jude gegen den Christen den Zeugenbeweis zu führen hat, so muss er sechs Christen dazu verwenden. *Nam si aliquis illorum Christianus vel Iudaeus veritatem occultare voluerit, comes loci illius per veram inquisitionem faciat unumquemque illorum secundum suam legem veritatem dicere*[2]. Der Mundbrief berücksichtigt den wahrscheinlichen Fall, dass die drei Juden, welche der Christ gegen den Juden, oder die sechs Christen, welche der Jude gegen den Christen führt, das Zeugnis gegen ihren Glaubensgenossen verweigern. In solchem Falle soll „*vera* [109]
inquisitio“ stattfinden, das heisst, es soll mit den Testes ein inquisitorischer Beweis aufgenommen werden. Der Graf bannt sie zum eidlichen Wahrheitsversprechen, um sie auf Grund desselben zu inquirieren. Von einem Inquisitionsrechte der Juden kann man strenge genommen nicht reden, denn der Zeugenbeweis verwandelt sich infolge der Zeugnisverweigerung *ipso iure*, ohne Zuthun der Partei, in einen Inquisitionsbeweis, zu dessen Vornahme dem Grafen die Inquisitionsgewalt übertragen wird.

B. Die Inquisitionsgewalt.

So wie alles Inquisitionsrecht geht auch alle Inquisitionsgewalt vom König aus. Sie ist nur in der königlichen, nicht in der Amtsgewalt des ordentlichen Richters enthalten. Der Inquisitionsbeweis wird bei Königsbann, *ex regia auctoritate*, geführt und

[1] Rozière 27. 28. 29 [Form. imper. 30. 31. 52].
[2] Rozière 28. 29.

daher *inquisitio regalis*, *imperialis* genannt[1]. Königsbann bezeichnet aber in karolingischer Zeit, soweit er auf die Gerichtsgewalt beschränkt wird[2], nicht etwa den vollen Umfang der vom König erteilten Amtsgewalt des Richters, sondern jene Gerichtsgewalt, welche im Gegensatz zu der des Grafen nur dem König zusteht oder dem, welchem er die Ausübung derselben kraft ausserordentlicher Vollmacht übertragen hat. In diesem Sinne werden die Gemeindegenossen zum Zwecke der Inquisitio bei Königsbann zu erscheinen gezwungen. Pérard S. 33 [Hübner nr. 399]: *Missi dominici . . . fecerunt ibi venire ipsos pagenses nobiliores et caeteros quam plures de iam dicto comitatu per bannum domini regis et fecerunt requistum.* Mem. di Lucca IVb 53 [Hübner nr. 774]: *Quot si venire aliquis contempserit aut facta inquisitione pro veritate super sagramento dicere noluerit, bannum nostrum in rebus illius per predictos missos mittere iubemus absque ulla dilatatione.* Wartmann II 281, nr. 680 [Hübner nr. 433]: *Omnes principes ex tribus comitatibus cum reliqua populorum multitudine in unum fecit convenire . . . regia auctoritate con(in)quisiturus.* Kraft königlicher Gerichtsgewalt wurden die zur Inquisitio Auserkorenen ge-
[110] bannt, das Wahrheitsversprechen abzulegen. M. d. L. sup. cit. Vaissete II 27 [Hübner nr. 434]: *Adunatis fere ducentis hominibus per auctoritatem regiam predictus vicecomes bannum imposuit,* Vaiss. II 32 [Hübner nr. 447]: . . . *ad hanc inquisitionem et ad illum bannum, quod de parte regis atque comitis hac de sua (parte) omnibus misit (vicecomes), ut veritatem manifestarent.* In Arnulfs Urkunde für Sankt Gallen wird der gebannte Schwur, den die Inquisitionszeugen vor der Aussage zu leisten haben, *iuramentum ex regia potestate coactum* genannt. Wenn jemand, heisst es in derselben Urkunde, der Anwendung des Inquisitionsbeweises sich nicht fügt, *cum banno nostro ad placitum nostrum distringatur, ut ibi . . sentiat nostram potestatem non esse tempnandam.* Wird das Wahrheitsversprechen nicht eidlich abgenommen, so werden die „*testes*" aufgefordert, auszusagen bei der Treue, welche sie dem König im

---

[1] Vgl. oben die Urk. für S. M. Theodata S. 173, für Bobbio S. 174, für Piacenza S. 177 f., für Cremona S. 178, für Parma S. 182 und unten S. 203 das Placitum für S. Vinc. di Volturno [Hübner nr. 756].

[2] Bann bedeutet Exekutivgewalt im allgemeinen, die Verordnungsgewalt inbegriffen.

Unterthaneneide geleistet haben[1], auf welchen, entsprechend dem Kommentar in Cap. Aq. 802, P. 91 [Cap. I 91], die Aussagepflicht in Fiskalprozessen gegründet wird. So ist denn die Pflicht zur Offenbarung der Wahrheit zurückzuführen auf das persönliche Verhältnis des Unterthanen zum König, aus welchem dieser ein Recht auf rückhaltlose Beantwortung der Beweisfragen geltend macht, die er entweder selbst oder durch seinen unmittelbaren Vertreter stellt. Sehr deutlich tritt dieser Gesichtspunkt hervor in der alamannischen Formel Rozière 475, a. 885 [Sangall. 10]: . . *iuramento praemisso et fide data compulerunt (missi) eos, ut omni simulatione vel generis propinquitate seu personarum acceptione postposita veritatem ita proferrent, sicut in conspectu ipsius imperatoris facere deberent*[2].

Nicht bloss Anordnung und Durchführung der Inquisitio beruhen auf *auctoritas regia.* Um aus der Inquisitio einen Inquisitionsbeweis zu machen, musste ein ergänzendes Moment hinzutreten, das gleichfalls auf königliche Gerichtsgewalt zurückführt. Die formellen Beweismittel trugen, mit Rücksicht auf das zweizüngige Urteil, durch welches darauf erkannt wurde, die entscheidende Kraft, sozusagen die *vis litis definiendae,* in sich selbst. Der Inquisitionsbeweis fügt sich dagegen nicht notwendigerweise in jenes [111]
kontradiktorische Entweder—oder, welchem die formale Natur der übrigen Beweismittel entspricht. Um den inquisitorisch gesammelten Beweisstoff als Grundlage eines rechtskräftigen Urteils zu verwerten, war, weil auch hierin eine Abweichung von den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens lag, königliche Vollmacht notwendig. Da das Urteil nicht vom Richter, sondern von den Schöffen gesprochen wurde, so haben wir das Mittelglied, durch das die Inquisitio urteilbildende Kraft erhielt, in der an die Schöffen gestellten Urteilsfrage des Richters zu suchen, mit andern Worten in der Aufforderung des Richters, auf Grund der geführten Inquisitio Recht zu sprechen. Hieraus erklärt sich, dass die Inquisitionsgewalt zerfällt in eine *auctoritas inquirendi,* die Befugnis, den Inquisitionsbeweis anzuwenden, und in eine *auctoritas definiendi,*

[1] Vgl. unten Seite 233.

[2] Vgl. Ried, Cod. dipl. ep. Ratisp. I 17, nr. 20, a. 819 [Hübner nr. 223]: *Nos audimus hoc dicere et confirmare, etiamsi fuerit coram domino imperatore, quod ista omnis commarca . . . debet consistere . . . ad sanctum Petrum et Emmerannum.*

die Befugnis, auf Grund der Inquisitio ein vollstreckbares Urteil der Schöffen herbeizuführen. Die Einteilung der Inquisitionsmandate wird diese vorläufig beweislos hingestellte Behauptung rechtfertigen.

a) Das Königsgericht.

Es bildet den Ausgangspunkt dieser Ausführungen, dass das Verfahren im Königsgerichte nicht notwendig dasselbe war wie im Gaugerichte, und dass das Königsgericht, nicht gebunden an die im Gauding ausschliesslich entscheidungskräftigen Beweismittel, den Inquisitionsbeweis erheben konnte. Schon in merowingischen Diplomen glaube ich Anzeichen eines freieren Beweisverfahrens zu erkennen, an die sich der Inquisitionsbeweis dürfte anknüpfen lassen. In dem Rechtsstreite, welchen Saint Denis 710 vor Childebert III. wegen des Zolles von Paris mit dem Hausmeier Grimoald führt[1], berufen sich die Vertreter der Kirche auf Königsurkunden, welche ihnen die volle und ungeschmälerte Zolleinnahme verliehen. Dagegen behaupten die Sachwalter des Geklagten, dass der Fiskus die Hälfte des streitigen Zolles nach alter Gewohnheit erhebe. Die Kirche erklärt dies für einen Akt der Gewalt, gegen den sie sich stets mit Erfolg um Erneuerung ihres Privilegiums an die Könige
[112] gewendet habe. *Iterum inquisitum est per plures personas eciam et per ipsas precepciones qod antedicte princepis ibydem in primordio et in posterum in integretati concesserunt vel adfirmaverunt.* Im Jahre 749[2] klagt der Abt von Saint Denis im Gerichte des Hausmeiers gegen den Abt von Marigilum, *repetens ab eo oratorium aliquod.* Beide Teile weisen Königsurkunden zur Erhärtung ihres Rechtes vor. *Dum hoc modo ipsi inter se contenderent, tam per bonos homines et magnificos viros quam per iam dictas praeceptiones diligenter veritatem inquirentes invenimus, quod ibidem nulla iustitia ipsius Hormungi abbatis apparet.* Auch in karolingischen Urkunden findet sich öfter, dass am Königsgerichte neben dem Urkundenbeweise die Aussage von „*veraces homines*" dem Urteil zu Grunde gelegt wird. Beispielsweise seien hier Beyer I 26, nr. 22 [Hübner nr. 82], a. 770 und Beyer I 41, nr. 37, a. 797 [Hübner nr. 134] angeführt, wo der Beweis *tam per veragos homines quamque per*

---

[1] Pardessus-Bréquigny nr. 477 [Hübner nr. 54].
[2] Pardessus-Bréquigny nr. 603 [Hübner nr. 63].

confirmaciones regum, tam per veraces homines quamque per strumenta chartarum geführt und auf Grund desselben das Urteil gefällt wird. In allen diesen Fällen ist die *inquisitio per plures personas, per bonos, veragos homines* kein von der Partei angebotenes Beweismittel [1], sondern eine Massregel, welche das Gericht selbst zur Ergänzung des durch die Urkunden gebotenen Beweisstoffes ergreift.

Selbständig vom Urkundenbeweise erscheint die Inquisitio in einem Placitum, welches Karl der Grosse 782 in einer Sache des Klosters Lorsch abhält [2]. *Facta est inquisitio de Suenheim, si per drictum deberet attingere ad villam Hurfeldomarcam,* welche Karl dem Kloster geschenkt hatte. *Haec sunt nomina testium, qui in ipso placito fuerunt* .. Es folgen circa dreissig Namen. Nachträglich wird noch von königlichen Machtboten eine zweite Inquisitio an Ort und Stelle des Streitobjektes vorgenommen, die das Ergebnis der ersten bestätigt.

863 wird im Königsgerichte ein langjähriger Streit zwischen dem Bistum Le Mans und dem Kloster Calais zum Austrag gebracht [3]. Die Bischöfe hatten sich zeitweilig in den Besitz dieses [113] königlichen Klosters gesetzt, und namentlich Bischof Aldrich (832—856) wusste seine Stellung zu König Ludwig dem Frommen in dieser Richtung auszubeuten. Im Wechsel der Ereignisse macht sich Anisola wieder frei. Rotbert, Bischof von Le Mans, tritt als Kläger auf und wendet sich an den Papst, auf dessen Geheiss der Erzbischof von Tours und zwei Bischöfe als Richter bestellt werden. In der Pfalz Vermeria in Gegenwart Karls des Kahlen soll die Streitsache entschieden werden. Die Mönche von Anisola werden vorgerufen und erklären, es sei nicht ihre Sache, Rechenschaft zu geben *„se illuc per obedientiam proprii abbatis venisse“*. Wie die Mönche auf den Abt, so beruft der Abt sich auf den König, dem das Kloster gehöre. So tritt denn Karl der Kahle als Partei in den Streit ein *(tunc surgens gloriosus rex stetit ante iudices)* und

---

[1] Auf das von der Partei angebotene Gemeindezeugnis wird durch Urteil erkannt. Vgl. Pardessus nr. 478 [Hübner nr. 55], oben S. 95, Anm. 2.

[2] Codex Laureshamens., Traditiones nr. 228 [Hübner nr. 118]. Vgl. Waitz VG. IV 411, Anm. 3.

[3] Martene et Durand, Collectio I col. 169 ff. Böhmer nr. 1715 [Hübner nr. 360].

weist Urkunden seiner drei Vorgänger vor, aus welchen der königliche Charakter des Klosters sich ergebe. Der Kläger, Bischof Rotbert von Le Mans, sei nicht durch Restitution, sondern durch königliche Belehnung in den Besitz Anisolas gelangt, und zwar im Widerspruch mit dem Rechte der Mönche, ihre Aebte frei zu wählen. Weil auch das Bistum sich auf Königsurkunden beruft [1], so verschieben die zu Gericht sitzenden Bischöfe den Streit und setzen einen neuen Tag an, an welchem entschieden werden soll, wessen Urkunden die massgebenden seien. Da findet man denn endlich, dass nach kanonischem und weltlichem Rechte und weil man sonst nicht zu Ende komme, beide Teile sich Vögte zu wählen hätten, mit andern Worten, dass der Streit nicht vor das kirchliche, sondern vor das weltliche Forum gehöre. König und Bistum bestellen Vögte, der König, bisher Partei, wird Richter *(accepit iudiciariam potestatem)*. Der Prozess fängt wieder von vorne an. Des Bischofs Vogt interpelliert den des Königs *dicens, quod monasterium . . . regia potestas . . . ei malo ordine et iniuste contenderet.* Wido, der königliche Vogt, antwortet, dass König Karl das Kloster von seinen Vorfahren ererbt habe, die es nicht etwa dreissig, sondern dreihundert Jahre ohne Anfechtung zu eigen hatten. Der König schliesst hierauf die Wechselreden der Parteien ab, indem er als Richter die Aufnahme des Inquisitionsbeweises anordnet und in eigener Person die „*adiuratio testium*“ vornimmt.

[114] Karl der Dicke hält 881 [2] zu Siena Gericht in einem Streite, der zwischen den Bischöfen von Arezzo und Siena um das Eigentum an einigen Kirchen geführt wird. Um der Klage seines Gegners zuvorzukommen, bittet der im Besitze der Streitobjekte befindliche Bischof von Arezzo den Kaiser um Anordnung einer Inquisitio. *Misericordiam . . . domni Karoli . . postula(vit), ut . . . exinde per circa manentes homines idoneos . . . qui ibi ad praesens erant, inquisicionem facere iuberet et iusticiam ipsius episcopati Aretinensis inveniret.* Der Kaiser willfahrt und nimmt selbst die Inquisitio vor. Die Geschworenen sagen aus „*adiurati ab ipso Augusto*“.

Von Ludwig dem Deutschen ist uns in dem erzählenden Teile einer Urkunde [3], die zwar in vorliegender Gestalt unecht, aber,

---

[1] Zum grössten Teile gefälscht oder interpoliert.

[2] Muratori, Antiquitates II 931 [Mühlbacher nr. 1569].

[3] Mon. Boica XXXa 387. Die Arenga der Urkunde stimmt mit Mon. Boica XXXIa 241, a. 983, 10. VI. Der übrige Teil des Diploms scheint zu-

soweit wir sie hier benutzen, glaubwürdig ist, eine Inquisitio überliefert, durch die ein Streit zwischen dem Kloster Kempten und den Markgenossen von drei schwäbischen Gauen entschieden wurde. Das Kloster hatte wegen Schmälerung seines Markgebietes geklagt. Eine Inquisitio, welche der königliche Machtbote Iring an Ort und Stelle über die Ausdehnung der Kemptenschen Mark geführt hatte, war zu keinem Ergebnis gelangt, da die Gaugenossen es von vornherein verweigerten, sich dem Urteile zu fügen [1], und hatte damit geendet, dass der Missus Schöffen, Geschworene und Beklagte *ex verbo regis* vor das Königsgericht bannte. Die Verhandlung vor dem König beginnt, indem der Machtbote über die frühere Inquisitio Bericht erstattet, worauf der König befiehlt, „*omnem pristinam inquisitionem ante se renovari*“. Er selbst nimmt den Geschworenen das eidliche Wahrheitsversprechen ab, er fragt die Beklagten, ob sie gegen die Wahl der Geschworenen etwas einzuwenden hätten, und nimmt deren Aussagen entgegen. Schliesslich [115] sprechen Schöffen und Umstand das Urteil.

b) Die Missi.

Verhältnismässig selten mochte der Fall vorgekommen sein, dass der König die Inquisitio selbst vornahm. In der Regel fiel diese Thätigkeit seinen Missis anheim, welche von ihm dazu bevollmächtigt wurden. Eine solche Vollmacht nenne ich ein Inquisitionsmandat. Unter den Inquisitionsmandaten macht sich in Bezug auf Umfang und Inhalt der Inquisitionsvollmacht ein Unterschied geltend. Diese ist entweder eine spezielle, sofern sie einen bestimmten Prozess betrifft, für welchen der König einen Inquisitionsrichter delegiert, oder eine allgemeine, sofern der Missus befugt ist, nach eigenem Ermessen die vor ihm angebrachten Streitsachen durch Inquisitio klarzustellen. Was den Inhalt der Vollmacht an-

---

sammengeschweisst aus einer Urkunde Ludwigs des Frommen und aus einer *notitia* über den vor Ludwig dem Deutschen geführten Prozess. Die Erzählung trägt unverkennbare Spuren teilweiser Echtheit. Aus historischen Anhaltspunkten ergeben sich die Jahre 847 und 854 als *termini a quo* und *ad quem*. Vermutlich hat das besprochene Placitum um den 11. März 853 herum bei Regensburg stattgefunden. (Sickel.)

[1] *... scabinorum iuditio noluerunt audire vel adquiescere eorum iuditiis sed paraverunt se sine ulla audientia a placito constituto discedere.*

belangt, so geht sie entweder erstens dahin, an Ort und Stelle zu inquirieren und über das Ergebnis der Inquisitio mündlichen oder schriftlichen Bericht zu erstatten, auf welchen hin das Königsgericht das Urteil fällt *(mandatum ad inquirendum et referendum)*, oder zweitens auf Grund der geführten Untersuchung die Streitsache zugleich auch selbst zu erledigen, also im missatischen Gerichte das Urteil fällen zu lassen *(mandatum ad inquirendum et definiendum)*.

Die Inquisitionsmandate zur Berichterstattung stehen in Zusammenhang mit dem durch die Mundbriefe gewährten Reklamationsrechte. Dieses gibt der Partei den Anspruch auf eine *definitiva sententia* des Königsgerichtes. Durch jene verleiht der König seinen Beamten die Inquisitionsgewalt ad hoc mit Vorbehalt der *definitiva sententia*. Die Verleihung des Reklamationsrechtes hatte die Tendenz, der Billigkeit im Gegensatze zum strengen Rechte Raum zu geben. Die formalen Beweismittel konnten diesem Zwecke in der Regel nicht genügen. Der Vorbehalt der *definitiva sententia* hatte nur dann einen Sinn, wenn diese auf ein andres Substrat hin erfolgen konnte, als das ordentliche Verfahren im Gauding es zu bieten vermochte. Insofern stellte sich u. a. die Inquisitio als passendes Auskunftsmittel dar. Da der Inquisitionsbeweis auf der Aussage der Gemeindegenossen beruht, so musste
[116] die Untersuchung, wenn anders man jene nicht vor das oft weit entlegene Königsgericht bannen wollte, an Ort und Stelle des Streitobjektes geführt werden. Hatte eine rechtmässige Reclamatio stattgefunden, so erliess der König, wenn sonst die Voraussetzungen des Inquisitionsbeweises vorhanden waren, ein Inquisitionsmandat zur Berichterstattung. Der Missus nahm den Beweis auf und erstattete über das Ergebnis Bericht, welchem gemäss am Königsgerichte das Urteil gefällt wurde. Hiermit soll nicht gesagt sein, dass in allen Reklamationsfällen ein solches Inquisitionsmandat zur Anwendung kam oder dieses stets eine Reclamatio zur Voraussetzung hatte. Der Zusammenhang ist kein juristischer, sondern nur ein thatsächlicher, sofern die Anwendung des Reklamationsrechtes das Bedürfnis nach Inquisitionsmandaten hervorrief, welche, wenn die *definitiva sententia* [1]

[1] Auch in Reklamationsfällen konnte ein Mandat *ad definiendum* erlassen werden. *Populus sciat ... quando aliquis ... ad nos reclamaverit, ad eos (missos) possimus ... querelas ad definiendum remittere.* §. 2, Cap. miss. 825 P. 247 [Cap. I 309].

dem Königsgerichte vorbehalten wurde, nur Mandate zur Berichterstattung sein konnten.

Inquisitionsmandate zur Berichterstattung bieten uns, abgesehen von den Kapitularien, die bereits oben erörtert worden sind, die Urkunden in grosser Fülle. Ein solches liegt z. B. der bekannten Urkunde Martene, Coll. ampl. I, col. 41 von circa 780 [Hübner nr. 113] zu Grunde. Der Bischof von Marseille hatte vor Karl dem Grossen geklagt, dass mehrere dem Kloster St. Victor gehörige Besitzungen vom Fiskus eingezogen worden seien[1]. In dem Berichte, welchen die von Karl abgeordneten Machtboten über die von ihnen vorgenommene Inquisitio erstatten, wird der Anlass der Untersuchung und das Inquisitionsmandat rekapituliert. *Vos domne nobis de verbo vestro commendastis et (sc. ut) nos hoc diligenter iuxta legis ordinem per illus (illos) pagenses ingenuos homines, qui hoc bene cognoscere debent, inquirere debuissemus, quod ita* [117] *et fecimus . . . et nus domne iuxta ea, quae nobis exinde commendastis, taliter hoc inquisivimus . . .* Dass die Sache nicht von den Missis selbst entschieden wurde, ist aus den Schlussworten des Berichtes „*in vestra eleemosyna quicquid exinde facere aut ordinare*" zu folgern[2].

Ludwig dem Frommen wird nach Urk. Beyer I 57, nr. 51, a. 816 [Mühlbacher nr. 618] berichtet, dass Hörige des Fiskus einen dem Kloster Prüm geschenkten Wald in Besitz genommen hätten. Der König sendet sofort den Seneschalk Adalbert als Machtboten ab, *qui hoc per veraces homines pagenses scilicet loci illius diligenter inquireret, utrum ita esset an non.* Auf Grund des erstatteten Berichtes wird ein andrer Missus abgesendet, um den entzogenen Wald zu restituieren.

Der Bischof von Chur schreibt[3] um das Jahr 821 an Ludwig den Frommen, dass seiner Kirche ein Teil der Güter vom Grafen Roderich vorenthalten werde. *Si adprobare vultis, utrum vera sit an non, mittite si placet . . . missum fidelem, qui . . . studiose inquirat per obtimos viros terrae illius, quanta ac qualia ibidem latent mala.* In der Restitutionsurkunde[4], welche Ludwig 825 dem Bischof von

---

[1] Vgl. Roth, Feudalität und Unterthanverband S. 86.

[2] Vgl. die Inquisitio im Cartulaire de St. Victor I 43 vom 23. Febr. 780 [Hübner nr. 112]: *ingenuos . . . per sacramentorum interpositionem iurare fecerunt, ut . . . veritatem . . . dicere deberent.*

[3] Mohr, Cod. dipl. zur Gesch. Churrhätiens I 26, nr. 15.

[4] Mohr I 32, nr. 19 [Mühlbacher nr. 864].

Chur ausstellt, wird erwähnt, wie der König einen Bischof, einen Abt und zwei Grafen abgeschickt habe, „*ut subtili examine huiusmodi quaerelae veritatem inter populos discuterent; qui revertentes . . . quasdam res . . . iniuste subtractas esse indicaverunt*".

832 urkundet Ludwig der Fromme[1] für Le Mans, er habe erfahren, dass drei Zellen, die das Bistum inne hat, von Rechts wegen dem Fiskus gehörten. *Ad quam causam diligenter per meliores et veraciores homines circumquaque . . . consistentes inquirendam nobisque renuntiandam destinavimus fidelem nostrum W.* Der Missus erstattet Bericht „*sicut relatione bonorum hominum . . . cum sacramenti assertione invenerat*".

Der Abt von Stablo bringt einen Streit mit einem königlichen Gutsverwalter über die Nutzung eines Waldes vor Ludwig [118] den Frommen und Lothar[2]. Diese senden zwei Machtboten ab, „*ut . . per circum manentes utriusque partis rei veritatem inquirerent, qui reversi . . . renuntiaverunt . . .*"

In einer Streitsache zwischen dem Erzbischof von Lyon und dem Grafen Witgar[3], welche sich um die Auflösung eines ungültigen, der Kirche nachteiligen Gütertausches dreht, schickt Lothar II. einen Machtboten „*per veriores melioresque homines huiusce rei veritatem sub iureiurando investigaturum nec non utrarumque rerum qualitatem et quantitatem descripturum nobisque Confluentibus perlaturum*".

Auf dem Reichstage zu Attigny a. 874[4] nehmen die versammelten Bischöfe sich einer Klage des Bischofs von Barcelona an, welchem zwei gotische Grosse auf Grund angeblich erschlichener Königsurkunden Kirchengüter vorenthalten. Das Verlangen, das die Bischöfe an den König stellen, geht dahin: *iussio regia haec per fideles missos diligenter ac veraciter inquirere iubeat et ipsam inquisitionem per fidelium custodiam sub sigillo ad notitiam suam perferri faciat . . . ipsa praecepta secundum legem sigillentur et una cum ipsa inquisitione ad praesentiam regis perferantur.* Die Inquisitio, die dem König versiegelt zugeschickt werden soll, kann nur das Protokoll über die Aussagen der vernommenen Umsassen bezeichnen.

---

[1] Bouquet V 584, nr. 180 [Mühlbacher nr. 882].
[2] Martene, Coll. ampl. II 24, a. 827 [Mühlbacher nr. 815].
[3] Bouquet VIII 411, nr. 11 [Mühlbacher nr. 1259].
[4] P. 523. §. 3.

Ein Graf Gerold hatte ein dem Kloster St. Gallen geschenktes Gut dem Amtsgut der Grafschaft einverleibt *(potestati Zurigauensis comitatus violenter coniunxit)*. Die Sache kommt vor Ludwig den Deutschen „. . . *quod nos veraciter per missos nostros perscrutari iussimus cum sacramento*" [1].

In dem Inquisitionsprotokolle über einen Rechtsstreit zwischen Reichenau und S. Ambrosio di Milano, welcher vor Karl den Dicken gebracht worden war, erklärt einer der Missi zu Beginn der Verhandlung: *iussit mihi ipse domnus rex, ut ego comanentes homines loci ipsius nostri praesentia venire fecissemus et diligenter per eos inquisissemus* [2]. Die Urkunde schliesst mit den Aussagen der Geschworenen.

Das Charakteristische dieser Mandate liegt nicht darin, dass [119] ein Missus mit Führung eines bestimmten Prozesses beauftragt, sondern dass er zur Vornahme der Inquisitio im technischen Sinne verpflichtet, resp. bevollmächtigt wird. Sie liefern uns den Beweis, dass die oben besprochenen Kapitularien Ludwigs des Frommen, welche in fiskalischen Restitutionsprozessen den Inquisitionsbeweis anordnen, keine prinzipielle Neuerung enthielten, dass dieses Verfahren durch das volle Jahrhundert, das die gegebenen Beispiele ausfüllen, in Uebung war und durch königliches Mandat auch auf andre als auf Fiskalprozesse übertragen wurde [3].'

Wenn die Sache nicht vom inquirierenden Richter selbst erledigt werden durfte, pflegte über das Ergebnis der Inquisitio zum Zwecke der Berichterstattung ein Protokoll aufgenommen zu werden. „*Res diligenter investigata et descripta ad nostrum iudicium*

---

[1] Wartmann II 198, nr. 586, a. 875 [Mühlbacher nr. 1464].

[2] Muratori, Ant. V 929, a. 880 [Hübner nr. 790].

[3] In der Auswahl der angeführten Beispiele habe ich mich auf solche Urkunden beschränkt, in welchen das Inquisitionsmandat selbst auf technische Inquisitio lautet. Formell, aber auch nur formell scheiden sich davon jene Urkunden, in welchen Untersuchung schlechthin anbefohlen wird und der weitere Kontext ergibt, dass der Missus die Untersuchung durch Anwendung des Inquisitionsbeweises führt. Z. B. Urkunde Wartmann I 250, nr. 263, a. 821 [Mühlbacher nr. 711]. Der Abt von S. Gallen bittet um Anordnung von *iustissima inquisitio. Geroldo hanc causam inquirere iussimus et diligenter inquisitam nobis renuntiare.* Dieser berichtet, *sicut per pagenses loci . . adhibitis his, quibus inter eos maxima fides habebatur, invenire potuerat.* In derartigen Fällen lässt sich unbedenklich annehmen, dass das Mandat auf Vornahme technischer Inquisitio ging.

reservetur" lautet die Vorschrift in Cap. miss. a. 819, P. 216 [Cap. I 289, c. 1] für Fiskalprozesse, in welchen die Erledigung dem Königsgerichte vorbehalten war. Solcher Protokolle sind uns mehrere erhalten. Der oben S. 199 erwähnte Bericht der Missi von 780 bezeichnet sich eingangs als: *breve commemoratorio, qualiter pro ordinatione vir . . domno nostro Karolo rege . . . seu patricio Romanorum (fecit?) Vernarius servus vester*. Das Inquisitionsprotokoll in Memorie di Lucca Vb 321, a. 838 [Hübner nr. 723] beginnt: *Notitia brevis, quae facta est de inquisitione ecclesiae beati Vincentii . . . per Afghanum comitem ipsius civitatis et Christianum ven. diaconum, missos domni Hlotharii.* Unmittelbar an diese Ankündigung fügen sich die Aussagen der Geschworenen an, aus welchen zu entnehmen ist, dass es sich um einen Fiskalprozess handelte. Die Aufzeich-
[120] nung schliesst: *facta est haec inquisitio anno . . . mense . .* Von einem Urteile oder einer Verfügung auf Grund der Inquisitio ist keine Rede. Der abrupte Schluss ist bezeichnend für Urkunden dieser Art. Eine Urkunde [von 841][1], welche das Ergebnis einer von Adelgisus, dem Missus Lothars I. vorgenommenen Inquisitio zum Inhalte hat, nennt sich selbst am Schlusse „*notitia inquisitionis*". Fumagalli 172 nr. 41 [Hübner nr. 719] enthält ein „*breve inquisitionis, quod fecerunt Anspertus et Ambrosius missi (et) Gausus gastaldius de causa domni imperatoris in curte Lemunta, unde intentionem habent Angelbertus actor domni imperatoris de ipsa curte cum Johanne archipresbytero . . et advocato eius . . de casala.*" Es folgen der Reihe nach die Aussagen der Geschworenen. An die des letzten von ihnen fügt sich ein Bericht andrer Art. „*Invenimus in pago . . villa, quae vocatur . . . est ibi mansio parva . . .*" Die Notitia geht vom Inquisitionsprotokolle über zu einem missatischen Berichte über den Zustand der königlichen Güter, einem jener Berichte, wie sie Karl der Grosse § 7, Cap. Aq. P. 174 [Cap. I 177, c. 7] angeordnet hat, abgefasst nach jenem offiziellen Formular, welches Pertz LL. I 175 ff. unter die Kapitularien aufgenommen hat [Cap. I 250 ff.]. Inquisitionsprotokoll und Güterbeschreibung sollten unter einem an den König abgehen. Die Vereinigung beider Berichte beweist, dass auch die *notitia inquisitionis* an den König eingesendet wurde.

---

[1] [Cod. dipl. Langob. col. 250, nr. 143. Hübner nr. 733.]

Hatte der Missus dem Auftrage gemäss Bericht erstattet, so konnte die ursprünglich mangelnde Vollmacht zur Entscheidung nachträglich erteilt werden, so dass die vertagte Angelegenheit schliesslich denn doch im Untersuchungsgerichte zu Ende geführt wurde. Nach einer Urkunde von 854, Muratori SS. I[b] 398 [Hübner nr. 756] führte das Kloster San Vincenzo di Volturno gegen eine Anzahl von Eigenleuten einen Vindikationsprozess durch. Die Richter fungierten „*per demandationem Ludovici (II.) . . . nec non et Guidoni ducis senioris nostri*". Da die Beklagten ihre Freiheit behaupten, beruft sich die Kirche auf die oben[1] angeführten Inquisitionsprivilegien. Zugleich fordert der Vogt des Klosters die Richter auf: *si vobis placet, inquisitionem exinde faciatis, sicut domnus* [121]
imperator praecepit et auctoritatem tribuit. Nachdem der Inquisitionsbeweis aufgenommen worden, wird das Verfahren abgebrochen „*et dum nos (iudices) taliter omnia invenimus et cognovimus per ipsa praecepta et per ipsas inquisitiones, sic resuspendimus causam ipsam, usque dum Guidoni duci senior noster iterum praecepit, ut sicut per demandationem et auctoritatem domni Ludovici imperatoris, ita et per demandationem et iussionem suam ego Fransidus castaldeus iuxta inquisitionem, quae ante nos facta est, causam ipsam finirem.*" Die Inquisitionsgewalt des Beamten wird zurückgeführt auf die *auctoritas regia.* Deren beschränkte oder volle Uebertragung begründet den Unterschied von Inquisitionsmandaten *ad referendum* und *ad definiendum.*

Wir sind hiermit in die zweite Gruppe von Inquisitionsmandaten gelangt. Das Mandat ad definiendum wird in der Regel gleich mit dem Inquisitionsauftrag erteilt und nicht erst ein Bericht über die Inquisitio zur Voraussetzung desselben gemacht, wie in dem zuletzt angegebenen Falle. Zwei solche Mandate finden sich bei Ansegis Appendix III, § 3 und § 10. Graf Authari behauptet, dass ein gewisser Wald Bannforst sei, was von andrer Seite bestritten wird. Die Missi sollen darüber inquirieren „*et iuxta quod iustum invenerint, ex nostra auctoritate definiant*". Graf Hildebrand hatte berichtet, dass von den Gaugenossen einige die Spanndienste verweigern. Die Machtboten sollen bei den nicht pflichtigen Gaugenossen und den Grafen der Nachbargaue inquirieren „*et si invenerint, quod ipsi ea dandi debitores sunt, ex nostra*

---

[1] Seite 173.

iussione dare praecipiant". In Urkunde Muratori Ant. II 951, a. 851 [Hübner nr. 746] wird der Missus beauftragt, den Streit, der zwischen dem Bischof und den Bürgern von Cremona in Bezug auf Schiffahrtsabgaben obschwebte, auf Grund der anbefohlenen Untersuchung zu erledigen *(qui .. inquireret et definiret)*. Die Untersuchung wird durch Anwendung des Inquisitionsbeweises geführt.

Hatte eine Partei sich an den König gewendet und von diesem ein Inquisitionsmandat ad definiendum erwirkt, so liess sie sich wohl auch eine Urkunde darüber ausstellen. In einem Prozesse des Bischofs von Lucca und dreier Libellarii des Bistums [1], welcher
[132] 853 vor den Machtboten Ludwigs II. geführt wird, beruft sich das Bistum auf ein königliches Mandat, demzufolge Ludwig Missi abgeschickt habe, *ut quicquit ex episcopatu Lucense apstractum invenissent, diligentissime sub sacramento per inquisitionem investigare studissent adque secundum ipsam inquisitionem difinissent*. Im Jahre 871 [2] führt dieselbe Kirche einen ähnlichen Prozess. Auch diesmal wird ein Inquisitionsmandat vorgewiesen, auf welches wir hier des näheren eingehen müssen. Der Bischof, heisst es daselbst, habe dem Kaiser geklagt, dass eine Anzahl übelgesinnter Leute Kirchengüter widerrechtlich an sich gerissen habe. *„Unde petiit pietatem nostram, ut . . . veram et legalem inquisitionem fieri super sacramentum iuberemus"*. Infolgedessen habe der König mehrere Missi bestellt *qui veram et integram iustitiam eidem episcopo . . . de omnibus . . . causis . . . praesentialiter fieri faciant, ut lex est, vel (si) episcopus vel advocatus veram inquisitionem fieri petierit, per bonos et veraces homines hoc adimplere studeant*. Charakteristisch für die Inquisitionsgewalt des Königs ist der Befehl: *ut nullus fidelium . . . de hac inquisitione, quot ipse episcopus Lucanae ecclesiae vel advocatus petierit, aut quislibet ex missis nostris venire aliquem iusserit ad plenam iustitiam . . . faciendam, ullatenus venire se subtrahat*. Schliesslich erklärt der König, dass die Inquisitionsgewalt nicht nur allen Machtboten zusammen, sondern nötigenfalls auch jedem einzelnen von ihnen zustehe. *„Quod si fortasse omnes predicti missi ad hanc iustitiam faciendam simul se coniungi non potuerint, tunc monemus atque precipimus, ut cuicumque illorum . . . episcopus (Lucensis) . . . hoc annunciaverit vel hanc nostram epistolam*

---

[1] Mem. di Lucca Vb 418, nr. 698 [Hübner nr. 754].
[2] Memorie di Luccà IVb 52, nr. 39 [Hübner nr. 775].

ostenderit, per se absque ulla dilatatione episcopo . . . verum iustitiam et plenam inquisitionem facere studeat et, cum rei veritas inventa fuerit, statim . . . restituere faciat.“ Das Inquisitionsmandat wird vom König erbeten, es ist notwendig für das Bistum, um zum Inquisitionsbeweise zu gelangen. Die Gewalt der Missi wird ausdrücklich auf die Erledigung der Streitsachen ausgedehnt. Insoferne der Bischof oder dessen Vogt die Inquisitio verlangen kann, nähert sich das Mandat dem Inquisitionsprivileg. Da es sich aber nur auf jene Vindikationen bezieht, deren Thatbestand bereits gegeben [123]
ist, und da ferner die Missi, von welchen der Bischof die Anwendung des Inquisitionsbeweises begehren darf, ad hoc ernannt und ausdrücklich bezeichnet sind, so kann von einem Inquisitionsrechte, das ja an sich unabhängig ist von der jeweiligen Persönlichkeit des Richters und dem Zeitpunkte der *actio nata,* im gegebenen Falle nicht wohl die Rede sein.

Wir hatten es bisher hauptsächlich mit Specialmandaten zu thun. Ad hoc wurde der Missus ernannt, oder doch ad hoc mit Vornahme der Inquisitio beauftragt. In beiden Fällen fungierte er als ausserordentlicher Stellvertreter des Königs. Dagegen haben die ordentlichen Missi für die Gerichte, die sie zu bestimmten wiederkehrenden Zeiten zu halten pflegten, in der Regel allgemeine Inquisitionsvollmacht besessen. Sie scheinen mit ihrer missatischen Stellung zugleich auch die Befugnis erhalten zu haben, die in ihrem Gerichte angebrachten Klagen nach eigenem Ermessen durch Inquisitio erledigen zu lassen. Der Missus richtet stets bei Königsbann. „Immer wird er vor andern Beamten als ein unmittelbarer Stellvertreter des Herrschers, seine Gerichtsbarkeit als die des Königs darstellend betrachtet. Was er thut, wird recht eigentlich auf königlichen Befehl zurückgeführt.“ [1]

Was wir aus der Stellung der Missi im allgemeinen gefolgert haben, lässt sich für einzelne missatische Sprengel aus den Urkunden nachweisen. In Meichelbecks Traditiones Frisingenses findet sich eine fortlaufende Reihe missatischer Placita, in welchen die Machtboten den Inquisitionsbeweis anordnen. M. nr. 117, a. 802 [Hübner nr. 167] sind es Erzbischof Arn [2] und Bischof Adalwin

---

[1] Waitz VG. IV 348.

[2] Ueber Arnos missatische Thätigkeit vgl. H. Zeissberg, Arno erster Erzbischof von Salzb. Wiener Sitzungsb. XLIII 32 ff.

mit dem Judex Orendil, welche einen Streit des Bischofs von Freising mit einem gewissen Reginbert durch Aufnahme des Inquisitionsbeweises erledigen. Ebenso wird in M. 125, a. 807 [Hübner nr. 177] in einem Placitum, das Arno mit zwei Judices abhält, ein Vindikationsprozess der Freisingschen Kirche auf Grund der Aussagen von Geschworenen beendet. M. 269 [Hübner nr. 196] klagt ein gewisser Salomon gegen das Bistum. *„proclamavit ad Audulfum missum et Arnonem episcopum“*. Der Missus Audulf beauftragt den Grafen Job und den Judex Ellenbert mit der weiteren
[124] Untersuchung, welche diese durch technische Inquisitio führen. Meichelb. 312 [Hübner nr. 203] behauptet Freising im Gerichte des Bischofs Hitto und zweier Grafen auf Grund des Inquisitionsbeweises das bestrittene Eigentum einer Kirche. M. 368 [Hübner nr. 219] lassen Bischof Hitto und Graf Liutbald die Klage wegen rechtswidriger Entziehung einer *curtis* und die Vindikation eines Eigenmannes in derselben Weise erledigen. M. 470 [Hübner nr. 238] sitzen *Hatto videlicet missus dominicus, Hitto, Baturicus et Nidkerus episcopi et Kysalhardus publicus iudex* zu Gericht. Der Vogt von Freising interpelliert den Bischof von Augsburg und dessen Vertreter um eine zu Freising gehörige Kirche. Der Missus Hatto und der Judex nehmen einen Inquisitionsbeweis auf und der Missus heisst auf Grund desselben das Urteil fällen. Zuerst ist es der Judex, welcher sagt was Rechtens sei, die andern folgen. M. 472 [Hübner nr. 243] werden *Hitto et Baturicus episcopi*, *Hatto et Kysalhardus missi dominici* als Richter angeführt. Der Freisingsche Vogt klagt vor ihnen gegen einen gewissen *Adaluni* um die Kirche zu Holzhausen, die dieser zur Hälfte als Erbe, zur Hälfte als königliches Benefiz in Anspruch nimmt. Durch Inquisitio wird die Unwahrheit seiner Behauptung und das Eigentum des Bistums erwiesen [1].

Die angeführten Beispiele haben das gemeinschaftliche Merkmal, dass die Klage im missatischen Gerichte angebracht wird und daher an ein Specialmandat des Königs nicht zu denken ist, sowie

[1] Die promissorische Eidesformel stellt es in den erwähnten Placitis ausser Zweifel, dass es sich um den Inquisitions-, nicht um den Zeugenbeweis handelt. Dasselbe gilt, wie sich aus der Vergleichung mit den im Text angeführten Urkunden ergibt, von Meichelbeck nr. 116. 120 *(Arn praesul et qui cum eo erant hanc causam secundum iussionem imperatoris puriter et diligenter inquirentes invenerunt)* 118. 124. 434.

dass das Urteil auf Grund der Inquisitio vor den Missis gefällt wird. Um diese Thatsache zu erklären, müssen wir entweder Inquisitionsrecht der Partei oder allgemeine Inquisitionsgewalt der Missi annehmen. Das erstere ist mehr als unwahrscheinlich. Aus der Zeit Karls des Grossen ist kein unzweifelhaftes Inquisitionsprivileg für ein Kloster, geschweige denn für ein Bistum nachzuweisen. Für das Gebiet des bayrischen Volksrechtes weiss ich (höchstens abgesehen von der Urkunde für Altaich a. 857 [1]) kein [125] Inquisitionsprivileg anzuführen. Von einem Inquisitionsrechte Freisings findet sich in den Urkunden auch nicht die leiseste Andeutung. Wir müssen uns daher für eine generelle Inquisitionsvollmacht der bayrischen Missi entscheiden. Auch ausserhalb Bayerns dürften die Fälle nicht selten sein, dass sich auf Grund ähnlicher Beweisführung allgemeine Inquisitionsvollmachten einzelner Missi erschliessen lassen. Doch liegen die notwendigen Voraussetzungen einer derartigen Untersuchung bei dem Wechsel der Persönlichkeiten in den einzelnen Sendsprengeln durchaus nicht so einfach vor wie in Bayern, wo die Verhältnisse in dieser Beziehung so stätig waren, dass man — freilich mit Unrecht — an ein ständiges missatisches Amt glauben konnte.

Besassen die ordentlichen Missi in der Regel die Inquisitionsgewalt, so erhalten einzelne Bestimmungen der Kapitularien scheinbar bloss ermahnenden Charakters einen festen juristischen Kern. § 21, Cap. miss. per missat. Par. et Rod. P. 98 und § 19, Cap. miss. per miss. Senon. P. 98, beide vom Jahre 802 [Cap. I 101, c. 19] befehlen den Machtboten: *undecunque necesse fuerit, tam de iustitiis nostris quamque de iustitiis ecclesiarum dei, viduarum orphanorum, pupillorum et caeterorum hominum inquirant et perficiant.* Die Ausdrücke *inquirere* und *perficere* klingen freilich sehr allgemein. Allein die Erwähnung der „*iustitiae nostrae*“ legt den Gedanken nahe, dass es sich um ein technisches *inquirere* handelt, um so mehr als neben dem *inquirere* zugleich das *perficere,* die Erledigung der Streitsachen aufgetragen wird, eine Vollmacht, die, wie wir wissen, namentlich im Fiskalprozesse von Bedeutung ist. Die Wahrscheinlichkeit steigert sich, wenn wir hiermit das istrianische Placitum der Machtboten Karls von 804 vergleichen. Die Missi werden in der Urkunde eingeführt als von Karl abgesandt

[1] Siehe oben Seite 176, Anm. 2.

pro causis sanctarum dei ecclesiarum, dominorum nostrorum seu et de violentia populi, pauperum, orphanorum et viduarum. Sie lassen die hundertzweiundsiebenzig ausgewählten Volksgenossen schwören, *ut omnia quicquid scirent, de quo eos nos interrogaverimus, dicerent veritatem: in primis de rebus sanctarum dei ecclesiarum deinde de iustitia dominorum nostrorum seu et de violentia vel consuetudine populi terrae ipsius, orphanorum et viduarum.* Abgesehen von der Frage *de violentia vel consuetudine populi*, welche im vorliegenden Fall auf besonderen Gründen beruht, finden sich die aufgezählten Gegenstände der Inquisitio in der angeführten Stelle der beiden Cap. missorum
[126] a. 802. Wir dürften daher nicht fehlgreifen, wenn wir annehmen, dass auch diese auf technische Inquisitio zu beziehen sei [1].

Für die allgemeine Inquisitionsvollmacht der ordentlichen Missi spricht noch der Umstand, dass sie auch in Reklamationsfällen, deren Entscheidung doch in der Regel dem Königsgerichte vorbehalten ist, von vorneherein als Vertreter des Königs bestellt werden. „*Usque ad nostram aut missorum nostrorum praesentiam sint suspensae*" heisst es von Reklamationssachen in dem Schutzbriefe Rozière 15 [Form. imper. 55].

Ausgedehnte Inquisitionsvollmacht erhält 912 der Bischof von Chur in einem Privileg König Konrads I. [2]. Die Einzelheiten der Urkunde sind bezeichnend für das Wesen der Inquisitionsgewalt. Der Bischof klagt vor dem König, *quod multae negligentiae et violentiae in suo episcopatu fierent, quae sine regali adiutorio corrigere*
[127] *nequivisset.* Der König hält Rat mit seinen Getreuen. „*Inito consilio nostrorum fidelium, Salamonis episcopi, Erchangarii comitis palatii ... ceterorumque .. assistentium nec non primorum Curiensium testimonio et veraci consilio eorum invenimus dubia quaeque sacramentis investigare debere*". Der Vorgang der Beratung erinnert an die späteren Reichssentenzen. Der Ausspruch der Befragten bestätigt die Angabe des Bischofs, dass das Eingreifen einer ausserordentlichen, der königlichen Gerichtsgewalt notwendig sei. In solchem

---

[1] Vielleicht liegt eine Andeutung des Gegensatzes von Inquisitions- und gewöhnlichem Beweisverfahren auch in §§ 1. 2. 3, Cap. miss. Conv. Ticin II P. 434 [Cap. miss. a. 865, II 93], wenn es daselbst heisst: § 1. *Ecclesiarum dei iustitia inquiratur et omni studio perficiatur;* § 2. *pupillorum et viduarum causa investigetur et diligenti cura misericorditer examinetur.* § 3. *totius populi querimonia audiatur et legaliter definiatur.*

[2] [Mon. Germ. Dipl. Konrad I 12, Böhmer nr. 1241.]

Falle müsse der König von seinem Vorrechte der Inquisitionsgewalt Gebrauch machen. Da er deren Ausübung auch einem andern übertragen kann, so bestellt er dafür auf Bitten seiner Grossen den Bischof von Chur selbst. Die Vollmachtsformel lautet: *Igitur si aliquae violentiae in villulis Curiensi ecclesiae subiectis, terris, pratis, silvis, servis, ancillis vel quibuslibet negotiis inlatae fuerint, rogatu supradictorum procerum eidem episcopo suisque successoribus potestatem et licentiam secundum morem ceterorum praesulum latentia quaeque sacramentis populi investigare donamus.* Die Inquisitionsvollmacht beschränkt sich nicht auf Anwendung des Inquisitionsbeweises, sondern ist hier in so allgemeiner Bedeutung zu fassen, dass die Inquisitio auch das inquisitorische Einleitungsverfahren des Strafprozesses umfasst. Die Urkunde gewährt nicht etwa das *ius inquisitionis*, sondern die *potestas inquirendi.* Wie im neunten Jahrhundert die ordentlichen Missi kraft eines generellen Inquisitionsmandates zu richten pflegten, wird hier dem Bischof von Chur als ausserordentlichem und unmittelbarem Stellvertreter des Königs für die angegebenen Fälle der Königsbann übertragen.

Wenn es richtig ist, dass die ordentlichen Missi in ihren Gerichten mit allgemeiner Inquisitionsvollmacht ausgerüstet waren, so fällt damit neues Licht auf die Stellung derselben und auf die Zwecke der Organisierung des missatischen Institutes. Denn die königlichen Machtboten wurden dadurch wesentlich über die ordentlichen Richter emporgehoben, welchen jene Inquisitionsgewalt nicht zustand. Die missatische Gerichtsbarkeit hatte die der Grafen, abgesehen von den sonstigen Fällen, auch insoferne zu ergänzen, als sie Abhilfe bieten sollte gegen die Härten des formalen Prozesses.

c) Die Grafen.

Die Grafen haben die Inquisitionsgewalt in der Regel nicht [128] besessen. Der Inquisitionsbeweis wird bei Königsbann geführt. In karolingischer Zeit wird aber der Bann des Grafen dem des Königs konsequent gegenüber gestellt. Die Grafen haben die richterliche Distriktionsgewalt des Königs nur ausnahmsweise, nämlich soweit sie ihnen besonders übertragen wird. Mit dem Grafenamte als solchem ist sie nicht verbunden.

Nach § 1 der Responsa misso data, P. 227 [Cap. de iustitiis faciendis circa a. 820, c. 1, I 295] sollen die Gaugenossen nur

in Fiskalsachen eidlich inquiriert werden. Dagegen soll in Prozessen der *pauperes* der Graf sich mit der Aussage unbeschworener Gemeindemitglieder begnügen. Aus der letzteren Bestimmung folgt, dass die Stelle auf die Gerichtsgewalt des Grafen, nicht auf die des Missus zu beziehen sei, dessen Inquisitionsvollmacht nicht bloss auf Fiskalsachen beschränkt war. Halten wir beide Sätze zusammen, so ergibt sich so viel mit Gewissheit, dass der Graf die Inquisitionsvollmacht im allgemeinen nicht besitzt. Es steht nicht in seinem Ermessen, einen in seinem Gerichte anhängigen Prozess durch inquisitorisches Beweisverfahren erledigen zu lassen. Doch weist schon das Kapitular darauf hin, dass der Graf in gewissen Fällen verpflichtet war, den Inquisitionsbeweis zu führen. Dieser Pflicht musste natürlich auch eine Inquisitionsgewalt des Grafen entsprechen. Solche Ausnahmefälle haben wir nun im einzelnen zu erörtern.

1. Eine Ausnahme bedingt das Inquisitionsrecht der Partei. Nach § 1 cit. soll der Graf in Fiskalprozessen inquirieren. Die Anwendung des Inquisitionsbeweises liegt in dem Prozessvorrechte des Fiskus begründet, sie hängt nicht vom Belieben des Grafen ab. Es versteht sich von selbst, dass die Fiskalsachen nur so weit in die Kompetenz des Grafen fielen, als sie nicht dem Gerichte des Königs oder des Missus ganz oder teilweise vorbehalten waren. Ich habe bereits oben bemerkt, dass die Praxis in dieser Beziehung
[129] zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene war. So finden sich denn auch Beispiele, dass der Graf in Fiskalprozessen nicht nur inquiriert, sondern auch „definiert". In Urk. Wartmann I 177, nr. 187, a. 807 [Hübner nr. 175] sitzt der *comes Retiarum* zu Gericht. Ein gewisser *Hrothelm* klagt, dass ihm ein Mansus entzogen worden sei. Wie aus dem weiteren Contexte hervorgeht, hatte der Fiskus, dessen Güter an die des Hrothelm grenzten, über die Markung gegriffen. Der Graf beruft die Gaugenossen und befragt sie bei dem Treueide, welchen sie dem Kaiser geleistet. Auf Grund ihrer Aussage fällen die Schöffen das Urteil. Als Beispiel einer gaugerichtlichen Inquisitio über vermögensrechtliche Amtsbefugnisse ist die oben S. 163, Anm. 2 angeführte Urkunde aus dem Cartulaire de S. Victor zu vergleichen.

Was vom Fiskus, gilt auch von den Kirchen, welche kraft besondern Privilegs oder nach § 10 Cap. Worm. 829, P. 354 [Cap. II 13, c. 8] das Inquisitionsrecht besassen. Ich betrachte

es als ein wesentliches Merkmal des durch jene Privilegien geschaffenen Zustandes, dass sie das Gaugericht verpflichteten und insoweit bevollmächtigten, in Streitsachen des Privilegierten auf dessen Verlangen den Inquisitionsbeweis anzuordnen. Entsprechend dem Rechte der Partei wurde zugleich dem ordentlichen Richter die Inquisitionsgewalt, der Königsbann, übertragen. So schreibt Ludwig der Deutsche mit Bezug auf das Inquisitionsrecht Sankt Gallens an die Grafen Alamanniens und an seinen Sohn Karl, dass in Sachen dieser Kirche künftighin das *coactum iuramentum* anzuwenden sei. Desgleichen Arnulf mit Rücksicht auf das Privileg von 893: *Decernimus ut unusquisque comitum nostrorum vel vicariorum in singulis comitatibus et ministeriis . . . cum iuramento ex regia potestate coacto . . . monasterio iustitiam facere non omittat.* So läuft denn parallel mit jedem Inquisitionsprivileg eine Bevollmächtigung des Grafen, die für den einzelnen Fall vom Verlangen des Berechtigten abhängig gemacht wird.

Nunmehr lässt sich das Verhältnis von Inquisitionsprivileg und Inquisitionsmandat feststellen. Dieses ist älter als jenes. Für die Kirchen in *mundio regis,* bei welchen zuerst Inquisitionsprivilegien auftauchen, mochte vor deren Erlangung das Reklamationsrecht hinreichenden Ersatz darbieten, indem man dadurch ein Inquisitionsmandat erwirken konnte. Die Untersuchung wurde in solchen Fällen in der Regel einem Missus übertragen. Zudem hatten ja die ordentlichen Missi in ihren Gerichten unbedingte Inquisitionsgewalt. Als mit der Erschlaffung der Reichsgewalt das Institut [180] der Missi in Verfall geriet, musste sich das Bedürfnis fühlbar machen, die bis dahin vom Willen des Königs und der missatischen Thätigkeit von Fall zu Fall abhängige Rechtswohlthat des Inquisitionsbeweises sich durch Privilegien für die Verhandlung im Gaugericht gesetzlich fixieren zu lassen und die faktische Begünstigung in ein selbständiges Recht zu verwandeln. Auf diese Weise erklärt es sich, dass die Inquisitionsprivilegien erst unter der Regierung Ludwigs des Frommen beginnen und nach Teilung des Reiches immer häufiger werden.

2. Der Graf hatte die Inquisitionsgewalt, wenn der König ihn mit einer bestimmten Inquisitio beauftragte. So lange das missatische Institut in Blüte war, mochten solche Inquisitionsmandate an die ordentlichen Richter selten vorgekommen sein. Aus dem Ende des neunten Jahrhunderts bietet Vaissete II

27, a. 890 [Hübner nr. 434] ein lehrreiches Beispiel. Bischof Gibert naht sich dem König Odo und klagt, dass ein gewisser Genesius ihm während seiner Abwesenheit eine Besitzung entrissen habe. Der König fragt den zufällig anwesenden Grafen des betreffenden Gaues, wie denn dies in seinem Amtssprengel habe geschehen können. Graf Raimund erklärt, dass ihm Genesius einen schriftlichen Befehl des Königs vorgewiesen, dem zufolge er ihn in die genannte Villa einweisen sollte. Die Umgebung des Königs bestreitet, dass je ein derartiger Befehl vom König ausgegangen sei, und dieser lässt dem Bischof eine Urkunde *(litteras)* ausstellen, *in quibus continebatur, ut R. comes veniens in pago Nemausensi inquisitionem per circum manentes homines mitteret et si ipse episcopus iustam causam haberet . . . absque ulla dilatione in praedictis rebus eum informaret.* Der Graf ladet infolgedessen den Beklagten vor, *ut . . . audiret et videret inquisitionem atque approbationem scripturarum, quam rex de praedictis rebus facere iusserat.* Da dieser nicht erscheint, überträgt der Graf die Ausführung des königlichen Befehles seinem Vicecomes, welcher in der streitigen Villa die Umsassen versammelt *et . . per auctoritatem regiam bannum imposuit, ut dicerent, quidquid de hac causa in veritate scirent.*

3. Ein fernerer Ausnahmefall, in welchem der Graf die Inquisitionsgewalt besitzt, wird durch die Mundbriefe für Schutzjuden begründet, ein Punkt, der oben S. 191 ff. zur Genüge erörtert worden ist.

[131] 4. Wie in letzterem Falle der Thätigkeit des ordentlichen Richters ein weiterer Spielraum geboten wird, damit die Religions- und Stammesverschiedenheit nicht ein Hindernis der Rechtsverfolgung werde, so wird der Wirkungskreis des Gaugerichtes auch zu Gunsten jener ausgedehnt, welche wie Witwen, Waisen und *homines pauperes, minus potentes (unuermagon)* [1] aus persönlichen Gründen nicht imstande sind, ihr Recht in erfolgreicher Weise geltend zu machen. Bekannt ist die Fürsorge, welche die Kapitularien nach jeder Richtung hin für diese Klasse getroffen haben. In vielen Instruktionen für die Missi kehrt eine Bestimmung wieder, durch die ihnen die *iustitiae viduarum, orphanorum et pauperum* anempfohlen

---

[1] Vgl. die Aufzeichnung der acht Bannfälle, welche Pertz LL. I 34 als Kapitular ins Jahr 772 stellt [Summula de bannis c. 4, Cap. I 224].

wird. „*In eleemosyna dominorum nostrorum regum . . . eorum iustitiam accipiant*“. Uns berührt hier nur die Frage, ob diese Sorge so weit ging, dass auch in Bezug auf das Gerichts- und namentlich das Beweisverfahren gesetzliche Ausnahmebestimmungen für die Unvermögenden getroffen wurden. Wenn den Missis Auftrag gegeben wird, vorzugsweise in Angelegenheiten solcher Streitteile Inquisitionsbeweis aufzunehmen, so ist dies keine gesetzliche, sondern eine faktische Begünstigung. Anders stellt sich die Sache, wenn etwa im Gaugerichte das Verfahren in derartigen Fällen andre Formen angenommen hätte. Dass dem in der That so war, scheint mir aus folgenden Stellen hervorzugehen. § 3, Cap. legg. add. 818/9, P. 211 [Cap. I 281]: *De viduis et pupillis et pauperibus, ut quandocumque in mallum ante comitem venerint, primo eorum causa audiatur et definiatur. Et si testes per se ad causas suas quaerendas habere non potuerint vel legem nescierint, comes illos vel illas adiuvet dando eis talem hominem, qui rationem eorum teneat vel pro eis loquatur.* Falls eine der bezeichneten Personen keine Zeugen aufzubringen imstande ist, oder falls sie den Rechtsgang nicht kennt, soll der Graf ihr einen Sachwalter geben. Diesem scheint es überlassen zu sein, der durch ihn vertretenen Partei die nötigen Zeugen zu verschaffen. Eine richterliche Ingerenz in Bezug auf die Wahl der Zeugen lässt sich aus dieser Stelle noch nicht folgern. Dagegen weist folgende Bestimmung auf eine derartige Verpflichtung des Grafen hin. § 1, Responsa m. c. data 819, P. 227 [Cap. de [132]
iustitiis faciendis circa 820, c. 1, Cap. I 295]: *ut pagenses per sacramenta aliorum hominum causas non inquirantur nisi tantum dominicas; adtamen comes ille, si alicuius pauperis aut inpotentis personae causa fuerit, tunc illi comes diligenter et tamen sine sacramento per veriores et meliores pagenses inquirat.* In Prozessen der Unvermögenden soll ein dem fiskalischen ähnliches Beweisverfahren beobachtet werden, welches sich von diesem dadurch unterscheidet, dass die Aussage nicht durch ein eidliches Wahrheitsversprechen erzwungen werden soll. Wir werden unten aus der Darstellung des Verfahrens ersehen, dass die Aussage mitunter auf den allgemeinen Treueid hin abgelegt wurde. Es ist möglich, ja sogar wahrscheinlich, dass diese Art von Inquisitio, bei welcher der Aussage kein Eid, sondern nur eine Eideserinnerung vorausging, in Prozessen der *pauperes* zu befolgen war. So viel steht jedenfalls fest, dass in derartigen Fällen ein mehr arbiträres Verfahren Platz

griff und die Gerichtsgewalt des Grafen, wenn nicht zur Inquisitionsgewalt ausgedehnt, so doch über ihre regelmässigen Grenzen hinaus erweitert wurde. Die Ausnahme erklärt sich in befriedigender Weise, wenn man bedenkt, dass das germanische Gerichtsverfahren nur auf den wehrhaften und angesessenen Mann berechnet war.

Ich habe schliesslich noch einige langobardische Kapitularien zu erörtern, welche den Gedanken an einen weiteren Fall von gräflicher Inquisitionsgewalt nahe legen könnten. Die Erklärung dieser Stellen nötigt mich, auf die Frage nach dem Zeugenzwange einzugehen, die ich um des innern Zusammenhangs willen nicht oben beim Zeugenverfahren behandelte, sondern hier einfügen zu müssen glaube.

Geschäftszeugen, also Zeugen, die zur Stätigung einer Thatsache gezogen worden waren, konnten schon nach den Volksrechten manniert werden, aber wie Rogge[1] mit Recht bemerkt, nur diese. Waren Geschäftszeugen, ohne manniert worden zu sein, vor Gericht gekommen, so konnten sie nach salischem Rechte nötigenfalls durch Bannitio zum Zeugnis gezwungen werden. Lex Salica XLIX: *Si quis testes necesse habuerit, ut donet, et fortasse testes nolunt ad placitum venire, ille qui eos necessarios habet (ad) satisfacere*[2], *man-*
[133] *nire illos debet, ut ea quae noverint iurati dicant ... Si vero praesentes fuerint in testimonium vocati et noluerint iurati dicere ea quae noverint, et ferbanniti fuerint, DC dinarios ... culpabiles iudicentur.* Die Stelle setzt nicht voraus, dass die Zeugen jedesmal manniert wurden, sie spricht von der Mannitio nur für den Fall, *si fortasse testes nolunt ad placitum venire.* Ist der Zeuge manniert worden, so ist er auch zur Aussage bei Bussfälligkeit verpflichtet, denn die Mannitio erfolgte dahin: *ut ea, quae noverint, iurati dicant.* Anders steht die Sache, wenn der Zeuge nicht manniert worden, sondern freiwillig in das Ding gekommen. Wenn ein solcher zum Zeugnis aufgerufen das Zeugnis verweigert, so ist eine Mannitio von seiten der Partei nicht mehr möglich, denn diese geschieht *ad domum* und wird erst nach Ablauf einer bestimmten Frist wirksam. Daher tritt die augenblicklich und allenthalben wirksame Bannitio von seiten des Gerichtes an ihre Stelle[3]. Es liegt auf der Hand, dass

---

[1] Gerichtswesen S. 118, Anm. 138.
[2] Vgl. oben Seite 99, Anm. 2.
[3] Die Glosse zu Ssp. III 21, Homeyer S. 317 untersucht, ob der

ein derartiger Zeugenzwang nur dem Geschäftszeugen gegenüber sich nach dem Geiste des altdeutschen Rechtes rechtfertigen lässt, denn dieser verpflichtet sich, indem er sich ziehen lässt, nötigenfalls die durch ihn gestätigte Thatsache zu bezeugen.

Als unter den Karolingern an Stelle der Mannitio die Bannitio getreten war, wurden auch die Zeugen vom Richter gezwungen, vor Gericht zu erscheinen. § 2, Cap. Loth. 822/3, P. 233, § 13 [Concessio generalis 825, c. 2, Cap. I 320]: *Neque cogantur ad placita venire praeter ter in anno, sicut in capitulare continetur, excepto scabinis et causatoribus et testibus necessariis.* § 14, Cap. miss. 819, P. 217 [Cap. I 290]: *nullus eos amplius placita observare compellat; nisi forte quilibet aut accusatus fuerit aut alium accusaverit aut ad testimonium perhibendum vocatus fuerit. Ad caetera vero, quae vicarii vel centenarii tenent, non alius venire iubeatur nisi qui aut litigat aut iudicat aut testificatur.* Nachdem früher die Partei nur Geschäftszeugen mannieren durfte, so liegt auch in diesen Bestimmungen kein Grund, eine Ausdehnung der Dingpflicht der Zeugen über die gedachte Beschränkung hinaus anzunehmen. Dass Gemeindezeugen banniert werden konnten, passt vor allem [134] nicht in das germanische Rechtssystem, welches eine *ratio iuris* für die Zeugenpflicht des Gemeindegenossen in Civilfällen nicht erkennen lässt. Zudem verträgt jene Annahme sich ebensowenig mit der oben angeführten Stelle über Prozesse der *homines pauperes*, als mit dem Wortlaute der Inquisitionsprivilegien, in welchen den Kirchen das Recht der *inquisitio per pagenses* gewährt wird unter der Voraussetzung, *si testes minime habere potuerint*[1].

Eine Ausnahme bietet auch in dieser Hinsicht das langobardische Zeugenverfahren, in welchem, wie wir gesehen, die richterliche Autorität von jeher in abnormer Weise sich geltend machte. Der Stammesgegensatz zwischen Franken und Langobarden machte unter den Karolingern noch weiter gehende Neuerungen nötig. So soll nach § 8, Cap. Lang. Pipp. 782, P. 43 [Cap. I 192] richterliche Inquisitio dem Kläger die nötigen Anhaltspunkte an die Hand geben, um die Klage *de homicidio*, *furto vel*

Richter jemand zum Zeugnis zwingen könne, und kommt zu dem Ergebnis: *al die rechte, di hir in sassenrechte, secgen, dat die richter di tuge dvingen moge, dat is, wen si die sakweldige in'd dink gebracht het.*

[1] Vgl. oben S. 173. 181, Anm. 3.

praeda mit der im Rechtsgang erforderlichen Bestimmtheit anbringen zu können, wenn der Beklagte wegen Unbestimmtheit des Klagvorwurfes die Einlassung verweigert [1]. Da diese Verfügung weder auf das Beweisverfahren noch auf civilrechtliche Streitsachen zu beziehen ist, so berührt sie uns hier nicht weiter.

§ 12, Cap. Lang. Pipp. 801—810, P. 104 [Cap. I 210] befiehlt, dass der Richter nur Zeugen guten Leumunds zuzulassen habe und fährt dann fort: *ut et ipsi comites vel eorum iudices, quos noverunt causa, de qua inter eos agitur, conperta esse, sine blandimento ipsius, qui causam habet, faciant ad eandem causam venire et per*
[185] *eorum inquisitionem fiat definita.* Der Graf soll nötigenfalls jene, die ihm als Wissende bezeichnet worden, zum Zeugenverhör herbeiziehen, und zwar soll er von dieser Befugnis [auch ohne den Willen der Partei [2]] Gebrauch machen. Da es unmittelbar zuvor von den durch die Partei produzierten Zeugen heisst: ... *per* ... *iudices inquirantur et sicut ab illis inquirere potuerint, ita faciant* ..., so kann der Ausdruck „*per inquisitionem fiat definita*" nicht wohl auf technische Inquisitio bezogen werden, indem das Wort sonst in derselben Stelle zweifache Bedeutung hätte. Er erklärt sich aus der oben besprochenen Thatsache, dass im langobardischen Zeugenverfahren die „*inquisitio testium*" die Hauptsache ist, während der Zeugeneid, falls er überhaupt verlangt wird, nur accessorische Bedeutung hat. Zu demselben Resultate führt die Beantwortung der Frage, ob wir es hier mit Zeugen zu thun haben, welche die Partei, trotzdem sie sich auf dieselben berufen, nicht vor Gericht zu bringen vermochte, oder mit Gaugenossen, welche der Richter auf Grund eigenen Wissens und aus eigener Initiative gegen das Prinzip des Verhandlungsverfahrens zur Untersuchung der Streit-

---

[1] Vgl. Siegel S. 137. Dove, Ztsch. f. Kirchenrecht IV 35, Anm. 20. Der Kläger kann die Leute des Gegners nicht nennen, die er bezichtigen will. Dieser erklärt: *nomina mihi homines meos, qui tibi malum fecerunt. Ego tibi de illos iustitias facio.* Die Wissenden verweigern dem Kläger die Auskunft, und dieser wendet sich an den Richter mit der Behauptung: *quia homo ille exinde veritatem sciverunt.* Sohin hat der Richter zu inquirieren. *Iudex .. faciat iurare homines illos quilibet sint Francos et Langobardos, quos ipse nominative dixerit, ut dicant veritatem.* Sind die Wissenden *homines credentes,* so haben sie das Wahrheitsversprechen mit Handschlag abzugeben. *In manu comitis sui dextrent.* Es handelt sich hier nicht um einen Inquisitionsbeweis, sondern nur um eine inquisitorische Ergänzung einer unvollständigen Klage.

[2] [Siehe Sohm in Zeitsch. für Rechtsgeschichte VII 147, Anm.]

sache vor Gericht gebannt hat. Die oben gegebene Darstellung des langobardischen Zeugenbeweises weist notwendig auf die erstere Auslegung hin, abgesehen von den sonstigen Gründen, die uns zwingen, für Streitigkeiten um Grundbesitz und über Statusfragen den vollen Gegensatz von Inquisitions- und Zeugenbeweis offen zu halten.

§ 6, Cap. Loth. Lang. Olonn. per se scribend. 823, P. 236 [Cap. I 317]: *decernimus ut quisquis aliter testes habere non potuerit, volumus ut per comitis iussionem, quos in suo testimonio necessarios quisque habuerit, veritatem prolaturi publico conventu adducantur, ut per ipsos rei veritas cum iuramento valeat inquiri,* scheint den Schlussworten gemäss für den Fall der Zeugenbannung technische Inquisitio anzuordnen[1]. Allein § 11 der Paveserverordnung Lothars I. [136]
832, P. 361 [Cap. II 61 f.] enthält denselben Satz und fährt dann fort: *Quod si de duabus partibus fuerit inquisitio facta, idcirco quod nullus eorum possit habere testes, antequam iurent, fiat inquisitio facta. Quod si omnes ad unam partem dixerint testimonium, iurent verum dixisse testimonium. Quod si dissenserint et quaedam pars testium unum praebuerit testimonium et alia alterum, tunc interrogentur, si audent per pugnam illorum testimonium approbare. Quod si nulla pars alteri cesserit, iurent et per pugnam probetur illorum testimonium. Quod si una pars se subtraxerit, tunc illa, quae ausa fuerit contendere, recipiatur ad testimonium.* Die Inquisitio, von der hier die Rede ist, kann schlechterdings nicht von unserm

---

[1] § 3 der Memoria pro comitibus, a. 823, P. 234 [Cap. I 318]: *volumus ut comites nostri licentiam habeant inquisitionem facere,* eine Stelle, in welche man die Einführung des Inquisitionsprozesses hat hinein interpretieren wollen, erklärt sich höchst einfach durch die Beziehung auf § 6 cit. des zur selben Zeit erlassenen Capitulare per se scribendum. Den Charakter der Memoria hat Boretius a. O. S. 152 klargestellt. Sie hatte als solche ähnlich den Memorialen für die Missi den Zweck, kurze Andeutungen, betreffend die Bestimmungen des gleichzeitig erlassenen Hauptgesetzes, zu geben. Diese werden daher mitunter nur durch Schlagworte annähernd bezeichnet. So wie die §§ 1. 2. 6 des gedachten Memorials auf die §§ 4. 3. 5 des Cap. per se scrib. cit. hinweisen, so wiederholt § 3 des Memorials die in § 6 des Hauptgesetzes enthaltene Verfügung. Wenn die Stelle auf die *bannitio testium* zu deuten ist, so rechtfertigt sich der Gebrauch des Ausdruckes *inquisitionem facere* dadurch, dass die *inquisitio* des Inquisitionsbeweises sich durch den gegen die Gemeindegenossen geübten Aussagezwang vom ordentlichen Zeugenverfahren unterscheidet.

technischen Inquisitionsbeweise verstanden werden. Hier wird für beide Teile inquiriert, während die eigentliche Inquisitio von vornherein ein zweiseitiges Beweismittel ist. Der Eid ist hier ein assertorischer, kein promissorischer. Denn die Inquisitio soll stattfinden, ehe die Zeugen geschworen haben. Diese sollen ihre Aussagen eidlich firmieren, wenn sie sämtlich übereinstimmen, oder beide Zeugenreihen sich zum Zweikampf herbeilassen. Verweigert eine Partei unter den Zeugen den Zweikampf, so soll das Zeugnis der andern entscheiden. Dies legt uns den Rückschluss nahe, dass auch dann, wenn nur für eine Partei Zeugen gebannt wurden, das *iuramentum, cum quo inquiratur* der *inquisitio* nachzufolgen hatte. Seitens des Gegners kann es sich nur darum handeln, Gegenzeugen aufzustellen. Ueber die *oppositio testium* kann er sich aber erst dann entscheiden, wenn die Zeugen bereits verhört worden sind, da ja sein Gegenbeweis gegen deren Aussage gerichtet ist. Hätten nun, wie dies im Inquisitionsbeweise der Fall ist, die „*testes*" vor der Aussage geschworen, so wäre es, falls infolge derselben der Gegner zur *oppositio testium* griff, von vornherein unmöglich, der für diesen Fall vorgeschriebenen Bestimmung „*antequam iurent, fiat*
[137] *inquisitio facta*" nachzukommen. Als den Zweck der ganzen Bestimmung betrachte ich es, die Bannitio der Zeugen mit dem Prinzipe gleicher Berücksichtigung beider Parteien in Einklang zu bringen. Auch hier handelt es sich nicht um gerichtlich ernannte, sondern um gerichtlich gebannte Zeugen. Es wäre doch sonderbar, wenn der Richter die Zeugen pro und contra zu ernennen hätte.

Bestätigt wird meine Annahme durch form. Lang. ad loc. cit. L. Pap. Hloth. 69. „*Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram in tali loco.*" „*Ipsa terra mea propria est.*" „*Quid tibi pertinet?*" „*Ego habeo possessam ipsam terram per triginta annos.*" „*Potes probare tuam possessionem?*" „*Non possum, sed quaero, quod comes det mihi tales homines, quia*[1] *ipsi sciunt veritatem.*" *Et cum testes dati fuerint a comite, tunc laudati producantur, ut superius diximus. Si vero adversarius interrogetur de oppositione et ipse dixerit: „non possum sed quaero a comite", sit similiter. Et sit bellum inter utrumque, ut superius diximus, si pars parti dissenserit.* Das handschriftlich feststehende „*quia*" macht es wahrscheinlich, dass die Partei die Zeugen nennt, die dann vom Grafen vor Gericht

[1] Nicht *qui* wie bei Walter. [M. G. LL. IV 551.]

gebannt und daselbst von der Partei produziert werden. Die Formel setzt ausserdem ins Klare, dass die Bannitio hier auf die Gemeindezeugen zu beziehen sei, wie dies in dem Kapitular zwar nicht direkt ausgesprochen, aber doch aus der Aufstellung von Gegenzeugen zu erschliessen ist. Einer Erklärung scheint mir noch der Schluss der Formel bedürftig. *Si vero omnes consenserint, sit ut legitur in lege. Si vero unus a quinque vel duo a quatuor dissenserint, tunc testimonium quinque vel quatuor recipiatur. Quod a quibusdam aliter sentitur. Dicunt enim ut parti labenti alii subrogentur.* Wie das im langobardischen Zeugenverfahren die Regel ist, werden drei Zeugen und drei Gegenzeugen gestellt. Steht die Aussage der drei Zeugen gegen die der drei Gegenzeugen, so entscheidet der Zweikampf. Zweien sich die Aussagen derart, dass vier (3 + 1) gegen zwei oder dass fünf (3 + 2) gegen eine stehen, so ist die [138]
Sache den langobardischen Juristen zweifelhaft. Dem Verhandlungsprinzip entsprechend ist jene Partei, die nicht die übereinstimmende Aussage aller drei Zeugen für sich hat, mit ihrem Beweise, respektive Gegenbeweise, gefallen. Dies ist auch die Ansicht der Formel. Nach einer andern Meinung sollte nur die übereinstimmende Aussage aller sechs Zeugen (die Gegenzeugen eingeschlossen) oder der Zweikampf entscheiden, vorausgesetzt, dass beide Zeugenreihen sich zu demselben herbeilassen. Zu diesem Ende soll die Zeugenzahl der schwächeren Partei durch Herbeiziehung neuer Zeugen ergänzt werden. Diese Ansicht teilt auch die Expositio[1] zu dieser Stelle: *Testium probatio, quae alicui partium vel utrique a comite datur, multum differt ab aliis, quia si testium ab utraque parte sine comitis iussu quatuor vel quinque ex una parte et duo vel unus ex alia sunt, causa cadit is, cuius testes dissenserint, testes vero a comite iussi nisi omnes uni parti vel tres uni et tres alteri parti consenserint, neutra pars cadere potest.*

Aus alledem dürfte hervorgehen, dass auch nach langobardischem Rechte der Graf die Inquisitionsgewalt in dem eben behandelten Falle nicht besitzt. Die Kapitularien, die etwa nach jener Richtung hin gedeutet werden könnten, statuieren nur die Befugnis des Grafen, auch in Fällen des Gemeindezeugnisses die Zeugen zu bannen. Eine gewisse Annäherung des langobardischen Zeugenverfahrens an das inquisitorische Beweisverfahren müssen

[1] Mon. Germ. Legg. IV [551].

wir infolge dessen allerdings zugeben. Denn der gegen die Gemeindegenossen geübte Zwang zur Aussage bildet ein Merkmal des Inquisitionsbeweises. Allein einerseits ist durch das gräfliche Recht der Zeugenbannung die Produktion der Zeugen durch die Partei nicht ausgeschlossen; jene tritt überhaupt nur subsidiär gegen die Zeugen ein, welche die Partei produzieren wollte, aber nicht konnte. Andrerseits knüpft sich, wie es scheint, an die Zeugenbannung nicht etwa die Aufnahme eines technischen Inquisitionsbeweises, sondern das ordentliche Zeugenverfahren. Der Graf erlangte demnach nur die Macht, die Gemeindezeugen nötigenfalls in der Weise vor Gericht zu bannen, in der früher nur die Geschäftszeugen gebannt werden konnten[1].

C. Gegenstand der Inquisitio.

[139] Das ursprüngliche und eigentliche Gebiet des Inquisitionsbeweises ist das des Gemeindezeugnisses. Da ortskundige Verhältnisse und Zustände dessen Grundlage bilden, so kommt er zumal in solchen Prozessen zur Anwendung, in welchen der Beweis des dem Rechte entsprechenden Zustandes einen Rückschluss auf die Existenz des streitigen Rechtes selbst darbietet. Streitigkeiten um unbewegliches Gut und Eigenleute, sowie Statusprozesse sind daher in überwiegendem Masse die Veranlassung zur Handhabung des inquisitorischen Beweisverfahrens. Zur Ueberführung von Verbrechern wurde der Inquisitionsbeweis nicht angewendet, soweit sich die Beweisfrage um die verbrecherische Handlung als solche drehte. Die Inquisitio des Strafverfahrens bildete keinen Beweis, sie hatte nur den Zweck, die Anklage gegen eine bestimmte Person zu ermöglichen oder zu ersetzen und den Bezichtigten eventuell zum Beweise der Unschuld zu nötigen.

In den Inquisitionsprivilegien werden in der Regel die *querimoniae de rebus vel manicipiis* als Inquisitionssachen bezeichnet, falls

---

[1] [Der Lombardakommentar des sog. Albertus II 51, *de testibus* (Anschütz, die Lombardakommentare S. 169 f.) unterscheidet, ob die Zeugen von der Partei oder durch Vermittlung des Richters *(coacti)* vorgeführt wurden. In jenem Falle schwören sie nach der Aussage. Dasselbe gilt, *cum coacti veniunt et sponte veritatem dicere volunt.* Wenn dagegen die *testes coacti* die Aussagen verweigern *(si veritatem celare voluerint), prius iurent, quod veritatem dicent.*]

überhaupt eine Spezifizierung stattfindet. Bessere Anhaltspunkte liefern die Gerichtsscheine über Prozesse, in welchen ein Inquisitionsbeweis geführt worden. Die Aussagen der Geschworenen, die in der Regel in die Urkunde aufgenommen werden, machen die Beweismomente ersichtlich, auf die es im Verfahren abgesehen war. Da zeigt sich denn, dass die Aussagen vielfach über das Gebiet des Gemeindezeugnisses hinausgehen, indem auch zufällige Wahrnehmungen, ja sogar Beweisobjekte des Geschäftszeugnisses hereingezogen werden. Die Frage des Inquisitionsrichters: *quidquid testes de hac causa scirent,* lautete so allgemein, dass auch derartiges zur Aeusserung kommen musste. Eine feste Abgrenzung des gegenständlichen Umfanges des Inquisitionsbeweises scheint mir aus diesem Grunde von vornherein unmöglich. Ich gebe in folgendem eine kurze Zusammenstellung der Beweissätze, wie sie sich aus den Aussagen der Geschworenen abstrahieren lassen, indem ich sie nach dem Gegenstande der Prozesse gruppiere.

In Streitigkeiten um Gut gibt vielfach der Beweis der durch eine bestimmte Zeit behaupteten Vestitura den Ausschlag. In
Murat., Antiquitates II 931 [Hübner nr. 794], wird der Streit um [140]
das Eigentum mehrerer Kirchen durch den Beweis vierzigjährigen Eigentumsbesitzes entschieden. In Murat., Ant. II 981 [Hübner nr. 809], behauptet die Kirche von Cremona dem Fiskus gegenüber Ufer und Inseln des Po dadurch, dass die Geschworenen den sechzigjährigen Eigentumsbesitz bezeugen. Martene, Coll. ampl. I 169 [Hübner nr. 360], erklärt der königliche Vogt, dass die Kirche von Anisola nicht etwa bloss dreissig, sondern dreihundert Jahre hindurch im Eigentum der fränkischen Könige gewesen sei, und geht aus den Aussagen der Geschworenen hervor, dass der Besitz der Gegner nur Lehensbesitz gewesen und jedenfalls mit längeren Unterbrechungen nur wenige Jahre gedauert habe. Meichelbeck nr. 368 [Hübner nr. 219] sagen die Geschworenen aus, dass Freising seit Karls des Grossen Zeiten den streitigen Hof besessen, bis der Beklagte das Bistum wider Recht entsetzt habe. Meichelbeck nr. 702 [Hübner nr. 347] wird bezeugt, dass dasselbe Bistum die streitigen Weinberge bei Botzen seit unvordenklichen Zeiten *(aevis temporibus)* inne habe. Vaissete II 32 [Hübner nr. 447] werden die Gemeindegenossen befragt, ob die Vestitur des Vicecomes Rainard, *qui per chartam et praeceptum regale ipsum terminum possederat,* jemals sei unterbrochen worden.

Schon ein andres Moment spielt herein, wenn eine Erwerbshandlung in Frage steht. So erklärt Murat., Ant. V 923 [Hübner nr. 716], ein Geschworner: „*bene scio et recordo et ibidem fui, quando misso Caroli regi(s) revestivit episcopum de monasterio*". Goldast f. 95 [Hübner nr. 288], wissen die „*testes*", wie die streitigen Güter dem Kloster St. Gallen tradiert worden und wie dieses zu Karls Zeiten zwanzig Jahre in deren Besitz gewesen sei und die Zinse erhoben habe. Meichelbeck nr. 117 [Hübner nr. 167] bezieht sich die Aussage auf die Verwandtschaftsverhältnisse des Donators und den Akt der Tradition. Vaissete II 27 [Hübner nr. 434] deponieren die Inquirierten, wie die Geberin die streitige „*villa*" rechtsförmlich tradiert und dass sie der Kläger durch zwölf Jahre hindurch besessen habe. Neugart I 150, nr. 159 [Hübner nr. 727] haben zwei der Geschworenen gesehen, wie der Auktor die Schenkungsurkunde ausstellte und haben diese mitgefertigt. Meichelbeck nr. 312 [Hübner nr. 203] sind es Geschworene, welche bezeugen, wie F., dem Tode nahe, sie habe rufen lassen und ihnen aufgetragen habe, das Streitobjekt dem Bistum von Freising zu tradieren.

Ueber den wirtschaftlichen Zustand von Landgütern wird in Memorie di Lucca IVb 52, nr. 39; Vb 418, nr. 698 [Hübner nr. 775. 754] ein inquisitorischer Beweis aufgenommen. Der Kläger
[141] vindiziert in beiden Fällen ein zu Precarium verliehenes Gut, weil dieses vertragswidrig verschlechtert worden sei. Die Geschworenen sagen aus, dass die Güter sich derzeit in schlechterem Zustande befinden, als zur Zeit der libellarischen Verleihung.

Nur der Gesichtspunkt des Nachbarzeugnisses kommt bei Grenzstreitigkeiten zur Geltung; so z. B. Urk. B. d. Landes ob der Enns, II 14, nr. 10 [Hübner nr. 317] über die Abgrenzung von Jagd- und Fischereigebieten an und auf dem Abersee; Neugart I 485 [Hübner nr. 433] über die Grenzen von Fiskalgut; Mon. Boic. XXXa 387 *de terminis marchae Campidonensis.*

Den eigentlichen Güterprozessen reihen sich die Streitigkeiten über Gerechtsame und nutzbare Bezüge an, also über Rechte, welche eine dauernde Ausübung zulassen. Inquisitio wird durchgeführt Murat., Ant. II 61, über die Verpflichtung zur Stellung von Parafereda; Murat., Ant. II 24, über Handelsabgaben; Murat., Ant. II 951 [Hübner nr. 746], *de ripatico et palificatura seu pastu,* Abgaben, über welche die Bürger von Cremona mit ihrem Bischofe

in Streit geraten waren; Cart. de S. Victor I 32 [Hübner nr. 231] über das Recht an den Zolleinnahmen; Mon. Boic. XXVIIIb 203 [Cap. II 250] über die Höhe von Durchfahrtszöllen.

In Statusprozessen wird Inquisitionsbeweis aufgenommen über die Frage, ob die Partei, die als hörig vindiziert wird oder die ihre Freiheit geltend machen will, oder ob ihre Eltern im Zustande der Freiheit oder der Knechtschaft gelebt hätten. Als Beispiele seien Muratori SS. Ib 398 und Meichelbeck nr. 368, p. 195 [Hübner nr. 756. 219] angeführt.

Fumagalli nr. 121 [Hübner nr. 800] wird inquiriert, ob die Aldien der Curtis Lemonta zu Diensten bei der Olivenernte verpflichtet seien. Die Inquisitio ergibt, dass diese Verpflichtung von alters her in der *aldianicia* inbegriffen sei.

Des Inquisitionsbeweises hat man sich mitunter auch zur Erledigung prozessualer Zwischenfragen bedient. Murat. SS. IIb 375 soll ein Zeugenbeweis geführt werden. Da der Papst selbst Gegner des Beweisführers ist, wird von den Missis augenscheinlich das Mögliche gethan, um einer Anfechtung des Verfahrens vorzubeugen. Nachdem die Zeugen produziert worden, wird der Vogt des Papstes befragt, ob er gegen die Wahl der Zeugen etwas einzuwenden habe. Die Antwort lautet: *Nihil dicere . . . volo nec possum, quia boni homines mihi esse videntur.* Hierauf werden ein Gastalde und mehrere Umsassen bei ihrem Treueid befragt, ob die Zeugen zeugnisfähig seien. „*Isti homines boni et veraciores sunt et suum testimonium ante* [142]
dominum imperatorem et ante nos affirmare possunt“.

Murat. SS. IIb 942 [Hübner nr. 779] wird wegen „*adulterium*“ der Inquisitionsbeweis aufgenommen. Da dieser Fall scheinbar das oben aufgestellte Prinzip umstösst, gilt es näher auf ihn einzugehen. Es handelt sich um einen Fiskalprozess. Die Freie Gundi hatte unmittelbar nach dem Tode ihres Gatten Justo den Schleier genommen. Nach einiger Zeit trat sie aus dem Kloster, um sich von neuem zu vermählen. Der Vogt klagt infolge dessen gegen Sisenand, ihren neuen Gatten, indem er verlangt, dass das Vermögen der Gundi und sie selbst als Leibeigene dem Fiskus zugesprochen werde. Sisenand behauptet, dass er seine Frau von Amalfred, ihrem Sohne, *ad legitimum matrimonium* empfangen habe, und bestreitet, dass Gundi Nonne gewesen sei. Da wird denn das streitige Factum durch Inquisitio erhärtet, indem durch die Aussagen der Inquirierten festgestellt wird, dass die Gundi eingekleidet und als Nonne gesehen

worden sei. Infolge dieses Beweises wird das Urteil dem Klagbegehren gemäss gefällt. Die Urkunde bietet keinen Anlass, um zu bestreiten, dass über Verbrechen der Inquisitionsbeweis nicht zur Anwendung kam. Das verbrecherische Factum ist nicht die „*velatio*“ und das „*fuisse velata*“, sondern die Heirat der Nonne. Diese wird von seiten der Beklagten nicht geleugnet. Nur jener an sich wohl erlaubte Zustand, der die nachfolgende Heirat zum *adulterium* stempelt, ist Gegenstand des Inquisitionsbeweises.

Ebensowenig könnte Rozière 476 [Form. Augiensis B. 22] für ein inquisitorisches Beweisverfahren in Strafsachen angeführt werden. Die Formel betrifft die Aufhebung eines gaugerichtlichen Konfiskationsurteils, gegen welches der Verurteilte sich an die Missi gewendet hatte. Diese heissen drei Männer aussagen, was sie in der Sache wüssten. Nach abgelegtem Eide erklären sie sämtlich: *quod legibus hoc factum fuisset.* Hierauf ergeht das Urteil *(ex iussione imperatoris): quod pro tali incestu non debuisset proprias res perdere* und die Machtboten des Königs restituieren die konfiszierten Güter. Nicht die Thatsache des Incestes, sondern die Art desselben kam in Betracht und dafür dürften wohl die Verwandtschaftsverhältnisse zwischen den Schuldigen den Ausschlag gegeben haben, über welche eine Inquisitio sich sehr wohl denken lässt. In diesem wie in dem vorigen Falle gehen Klage und Urteil un-
[143] mittelbar auf das Konfiskationsobjekt; das Verbrechen kommt nur mittelbar in Frage. Der Strafprozess tritt im Gewande eines Vindikationsprozesses auf.

Auf eine erschöpfende Abgrenzung des Gegenstandes der Inquisitio will ich von vornherein verzichtet haben. Es genügt, die allgemeinen Gesichtspunkte angegeben und in einer Reihe von Beispielen die Natur der Rechtsfälle zur Anschauung gebracht zu haben, in welchen der Inquisitionsbeweis zur Anwendung kam. Da dessen Voraussetzungen, „Inquisitionsrecht“, „Inquisitionsgewalt“ und „Gegenstand des Inquisitionsbeweises“, nunmehr sämtlich erörtert sind, ist das Verfahren selbst im Zusammenhang auszuführen.

D. Das inquisitorische Beweisverfahren.

Die Darstellung des inquisitorischen Beweisverfahrens soll sich so viel als möglich an den Wortlaut der Urkunden halten, welche dieser Untersuchung zu Grunde liegen. Strenge Systematik

würde erfordern, einzelne Erörterungen über die Natur des Beweismittels aus diesem Abschnitte auszuscheiden. Da ich aber die Urkunden für sich selber sprechen lassen will, habe ich solche Ausführungen, um Wiederholung von Citaten zu vermeiden und den urkundlichen Stoff nicht zu sehr zu zerstückeln, an die einzelnen Stadien des Verfahrens angeknüpft [1].

a) Die Anordnung der Inquisitio.

Der Inquisitionsbeweis muss vom Richter angeordnet werden, mag nun das Inquisitionsrecht einer Partei oder nur das Ermessen des mit Inquisitionsgewalt betrauten Richters die Anwendung des- [144]
selben veranlassen. Aus der Art und Weise, wie dieses Beweisverfahren sich in den Prozess einfügt, erhellt zugleich das Verhältnis, in das der Inquisitionsbeweis sich zur Beweisrolle des ordentlichen Verfahrens stellt.

Hat eine der beiden Parteien das Inquisitionsrecht, so erhebt sie dem Richter gegenüber das Verlangen nach Inquisitio, und zwar, wie sich von selbst versteht, ehe auf den Beweis des Gegners erkannt wurde. In Urkunde Memorie di Lucca Vb 418, nr. 698, a. 853 [Hübner nr. 754] klagt der Bischof von Lucca gegen drei

[1] Anschauliche Fälle von inquisitorischem Beweisverfahren finden sich: Carli IV 5, Cartulaire de S. Victor I 32, nr. 26; I 43, nr. 31 [Hübner nr. 321. 112]. Codex. Lauresh. Trad. nr. 228 [Hübner, nr. 118]. Fumagalli 367, nr. 92; 489, nr. 121 [Hübner nr. 766. 800]. Goldast, SS. rer. Al. II, form. 95. 99. Lupi, Codex Bergom. II col. 113 [Hübner nr. 857]. Martene et Durand, Collectio I 169 [Hübner nr. 360]. Meichelbeck, Trad. Fris., nr. 117. 125. 269. 312. 368. 470. 472. 702 [Hübner nr. 167. 177. 196. 203. 219. 238. 243. 347]. Memorie di Lucca IVb 52, nr. 39; Vb 418, nr. 698 [Hübner nr. 775. 754]. Monumenta Boica XXVIIIb 203, nr. 906. XXXa 387. Muratori, Antiquitates II 931. 951. 977. 981. V 923. 929. SS. Ib 398. IIb 942 [Hübner nr. 794. 746. 733. 809. 716. 790. 756. 779]. Neugart, Cod. dip. I 150, nr. 159 [= Wartmann, UB. v. S. Gallen II 393, Anhang 15, Hübner nr. 727]. Pérard, Recueil de pièces curieuses pour serv. à l'hist. de Bourgogne S. 33 [Hübner nr. 399]. Rozière 475. 476 [Form. Sang. 10. Aug. B. 22]. Urkund. B. d. Landes ob der Enns I 36, nr. 62; II 14, nr. 10 [Hübner nr. 317]. Vaissete, Hist. d. Langued'oc. II 27; II 32 [Hübner nr. 434. 447]. Wartmann, UB. v. S. Gallen I 177, nr. 187 (= Goldast 99); II 275, nr. 673 (= Neugart I 480, nr. 591); II 281, nr. 680 (= Neugart I 485, nr. 596) [Hübner nr. 175. 429. 433]. Wirtemberg. UB. 84, nr. 57 = Goldast 95 [Hübner nr. 288].

Brüder, die eine Prekarie von seiten des Bistums inne hatten, auf Herausgabe des Gutes wegen angeblicher Verschlechterung. Das Gericht stellt an die Beklagten die Frage, ob der vom Kläger angeführte Prekarievertrag abgeschlossen worden, ob sie das Grundstück in Besitz hätten und ob es etwa verschlechtert worden sei. Die Brüder antworten: *quod abuerunt et tenuissent et ipsa convenientia fecissent et (res) peiorati non essent.* Dem ordentlichen Verfahren gemäss hätte hierauf die Frage des Gerichtes folgen müssen, ob die Beklagten ihre Behauptung durch Zeugen beweisen könnten. Allein ehe die Beweisrolle verteilt wird, legt der Bischof dem Gerichte eine Urkunde Ludwigs II. vor, in welcher der König befiehlt, auf Verlangen des Bischofs den Inquisitionsbeweis anzuwenden. Nachdem das Mandat verlesen worden, fordert der Vogt des Bistums die Inquisitio. *Si vos vultis ipsa inquisitio facere, sicuti dominus imperator vobis mandavit, nunc certa invenietis veritas, quomodo res . . . peioratae sunt.* In Urkunde Muratori, SS. Ib 398 [Hübner nr. 756] vindiziert S. Vicenzo di Volturno eine Anzahl von Leuten als Knechte, die behaupten: *per defensionis causam fuimus liberi homines commendati in ipso monasterio.* Der Vogt des Klosters kommt der Verteilung der Beweisrolle zuvor, indem er ein königliches Inquisitionsprivileg vorweist und mit Bezug auf dieses erklärt: *Proptera si vobis placet, inquisitionem exinde faciatis, sicut domnus imperator praecepit et auctoritatem tribuit.*

Liegt ein königliches Spezialmandat vor (in welchem die Anwendung der Inquisitio nicht in das Belieben des Richters gestellt ist), oder handelt es sich um einen Fiskalprozess (in welchem sie nicht erst vom Begehren des Fiskalvogtes abhängt), so schliesst sich die Anordnung unmittelbar an die letzte Rede der Parteien an, also in der Regel an die Antwort der Beklagten. *Si reus dixerit:*
[145] *de torto me appellas, tunc sit inquisitio investiturae publicae per optimos vicinae*[1].

Begehren, resp. Anordnung der Inquisitio treten somit (wenigstens im langobardischen Verfahren) in demselben Stadium des Prozesses ein, in dem sonst die Frage nach dem Zeugenbeweise gestellt wird. Da aber der Zeugenbeweis die übrigen Beweismittel ausschliesst, so können wir geradezu sagen: der Inquisitionsbeweis hebt die Beweisrolle auf, insofern er dem Beklagten den Weg

---

[1] Form. Lang. zu L. Pap. Hlud. 38.

zum Zeugenbeweise und also auch zum Eide verlegt. Hieraus wird es klar, warum in den Quellen das Vorrecht des Inquisitionsbeweises mitunter durch ein Verbot der Zeugenproduktion umschrieben wird.

Soll die Inquisitio den Zeugenbeweis des Gegners ausschliessen, so muss sie vor der Beweisfrage des Gerichtes begehrt, resp. angeordnet werden. Stehen Inquisitionsrecht und Zeugenbeweisrecht auf einer Seite, so hat die Partei jenes, so lange sie dieses hat. In Urkunde Memorie di Lucca IVb, 52, nr. 39, a. 871 [Hübner nr. 775] fragt das Gericht den Beklagten, ob er durch Zeugen beweisen könne. Er antwortet verneinend. Hierauf wird dieselbe Frage an den Kläger gestellt, welcher Frist für die Antwort verlangt. Nachdem die „*induciae ad inquirendum*“ verstrichen, erklärt er mit Berufung auf Ludwigs II. Privileg, dass *per inquisitionem* bewiesen werden solle. Da der Beklagte den Zeugenbeweis nicht antreten zu können erklärt hatte, so ging das Recht des Zeugenbeweises auf den Kläger über, und damit lebte das Inquisitionsrecht wiederum auf, das durch eine entgegengesetzte Aeusserung des Beklagten wäre ausser Kraft gesetzt worden.

Die Inquisitionsprivilegien lassen die Inquisitio als ein Beweismittel erscheinen, welches die berechtigte Partei nur subsidiär ergreifen soll, nämlich wenn ihr andre Beweismittel fehlen. Doch kommt es nur auf ihr Ermessen an, ob und wann sie von ihrem Rechte Gebrauch machen will. Die Inquisitio soll angewendet werden, „*unde testes habere minime potuerint, ubicunque aut undecunque necesse habuerint, ubicunque necessitas postulaverit, si orta fuerit contentio, cui vera sit inquisitio necessaria, si evenerit necessitas, ubicunque necesse se dixerit habere*“ [1]. Eine solche Notwendigkeit kann aber eintreten, erstens, wenn der Gegner als Beklagter dem Zeugenbeweise näher ist und die Kirche auf einen Gegenbeweis [146] sich nicht einlassen will oder kann, und zweitens, wenn der Inquisitionsberechtigte nicht in der Lage ist, von seinem Rechte des Zeugenbeweises Gebrauch zu machen oder doch die dem Zeugenbeweise gegenüber statthafte Produktion von Gegenzeugen ausschliessen will.

In einigen Urkunden findet sich, dass das Gericht die Beweisfrage an die Partei alternativ auch auf den Inquisitionsbeweis

[1] Vgl. oben die Inquisitionsprivilegien.

stellt. Mem. di Lucca Vb 466, nr. 774 [Hübner nr. 770] fragen die Machtboten Ludwigs II., nachdem der Beklagte erklärt, dass er seinen dreissigjährigen Besitz nicht beweisen[1] könne, den Kläger: *„si potuisset adprobare per testimonia aut per inquisicionem, quod ... res infra istos treginta annos ... possedisset"*. In Fumagalli 326 nr. 81, a. 859 [Hübner nr. 763] wird der Beklagte gefragt: *si autore dare poterit an non aut si forsitan aut per monimen aut per testimonia aut per inquisitione aut per possessionem aut per ulla alia rationem ostendere aut dare poterit*[2] ... Eine ähnliche Häufung der Beweismittel bietet Muratori, Ant. V 987 [Hübner nr. 783], wo die Frage der Missi dahin geht, ob der Beklagte *„aut per monimen aut per inquisitionem aut per testimonia aut per ullam aliam rationem"* beweisen könne. Alternative Fragestellungen dieser Art berechtigen nicht etwa zu dem Schlusse, dass die Anwendung des Inquisitionsbeweises stets im Belieben der Partei gestanden hätte. Sie beweisen, wenn der Ausdruck *inquisitio* technisch zu fassen ist, nur, dass der fragende Richter die Inquisitionsgewalt besass und kraft derselben die Anwendung des Inquisitionsbeweises von der Erklärung der Partei abhängig machen wollte. In den angeführten Fällen sind es königliche Machtboten, welche die Beweisfrage in dieser Weise stellen[3].

Steht es einmal fest, dass ein Inquisitionsbeweis aufgenommen wird, so werden die Gemeindegenossen aufgefordert, sich zur Beweisaufnahme dem Gerichte zu stellen. Erfolgte die Inquisitio
[147] auf Grund eines Spezialmandats oder war die Verhandlung der Inquisitio halber vertagt worden, so erging mit der Berufung des Dings zugleich die Berufung zur Inquisitio. *Veniens A. (vicecomes) super ipsas res in villa B. convocans omnes circummanentes illius loci atque alios nobiliores tam presbyteros quam laicos ..:* Vaissete

---

[1] *Adprobare* wird vielfach für *adprobare per testes* gebraucht und drückt einen Gegensatz zu dem durch den eigenen Eid geführten Beweis aus.

[2] Die Aufzählung ist unsystematisch; sonst könnte die *possessio,* das Beweisthema, nicht neben die Beweismittel, Urkunden-, Zeugen- und Inquisitionsbeweis gestellt werden.

[3] Dasselbe ist der Fall Lupi II col. 113, a. 919 [Hübner nr. 857]. In Muratori SS. IIb 942 [Hübner nr. 779] wird die Partei gefragt, ob sie *per testes aut inquisitionem* beweisen könne. Es handelte sich um einen Konfiskationsprozess; der Befragte ist der Vogt des Königs. Die Alternative erklärt sich also aus dem Inquisitionsrechte des Fiskus.

II 27 [Hübner nr. 434]. — *Missi dominici .. fecerunt ibi venire ipsos pagenses nobiliores et caeteros quam plures de iam dicto comitatu per bannum domni regis et fecerunt requistum:* Pérard S. 33 [Hübner nr. 399]. — *Omnes principes ex tribus comitatibus cum reliqua populorum multitudine in unum fecit convenire . . . regia auctoritate conquisiturus:* Neugart 485 nr. 596 [Hübner nr. 433]. Oftmals mochte der Umstand genügende Auswahl bieten und wurden die Gemeindegenossen aufgefordert, in den Ring zu treten: . . . *tunc praesentes inventi sunt testes . . . dicentes se scire . . tunc missi dominici . . . ipsos homines in medium vocaverunt et per sacramentum fidelitatis . . .:* Meichelbeck nr. 117 [Hübner nr. 167]. — . . *iussit ante se venire rex eos, quos Iring (missus) ex suo verbo pannavit in prememorato placito, quod in partibus Alamanniae iussu domni regis habuit:* Mon. Boica XXXa 387.

Die Citation der Inquirendi geht, wie man aus diesen Stellen ersieht, stets vom Gerichte aus; der Gesichtspunkt, der bei der Auswahl massgebend ist, wurde schon mehrmals angedeutet. Es sollen die besten und glaubwürdigsten unter den Umsassen gewählt werden. Die persönliche Glaubwürdigkeit des Mannes hing nach germanischen Grundsätzen innig zusammen mit den Standesunterschieden, in karolingischer Zeit, als die alten Standesverhältnisse bereits zersetzt waren und neue sich bildeten, mit der natürlichen Stufenfolge in der Gliederung der gesellschaftlichen Klassen. Den Massstab derselben bildete damals die Grösse des unbeweglichen Besitzes. Dem, der am meisten hat, wird am meisten geglaubt[1]. Die Ausdrücke *optimi, meliores* u. dgl. sind daher nicht etwa bloss [148] in moralischem Sinne zu nehmen. Der Richter hatte sich nicht etwa mit einer moralischen Abschätzung der einzelnen Persönlich-

[1] Dieser anscheinend sonderbare Grundsatz lässt sich nicht unschwer psychologisch begründen. Die Lebensverhältnisse waren einfach; die Bedürfnisse gleich. Fast in allen Prozessen, Civil- und Straffällen ging das Urteil auf Zahlung einer Geldsumme. Der Besitzlose und der Minderbegüterte hatte in der Regel ein verhältnismässig grösseres Interesse an der Streitsache, die er durch eigenen Eid entscheiden konnte, als der Vermögende. So fixierte sich denn der Begriff der Eideswerte, die sich nicht nur nach dem Stande der Partei, sondern auch nach der Höhe der Streitsumme abstuften. Der Eideswert steht in umgekehrtem Verhältnis zur vermutlichen Energie des auf das Streitobjekt gerichteten Willens. Dieses Prinzip der Glaubwürdigkeit übertrug sich auf das ganze Beweisrecht, welches ja hauptsächlich auf den Eid der Partei gebaut war.

keiten zu befassen, sondern er wählte nach einfachen und allgemein bekannten Kriterien. Das angegebene Erfordernis wird denn auch in den Urkunden sehr häufig betont und hervorgehoben, dass ihm bei der Auswahl der Geschworenen Rechnung getragen worden sei. So werden als auserkoren erwähnt: *omnes principes ex tribus comitatibus, omnes primates*[1], *primores populi, optimates concilii*[2], *primores et seniores de omni populo*[3], *nobiliores terrae*[4] u. s. w.

Wie aus einer lückenhaften Urkunde bei Fumagalli, Cod. dipl. S. Ambr. 367, nr. 92, a. 864 [Hübner nr. 766] hervorgeht, hatte der Mangel des Wergeldes von seiten eines Geschworenen die Nichtigkeit der Aussage zur Folge, wenn er zufälligerweise dennoch zur selben herangezogen worden war. In einem Prozesse S. Ambrosios hatten die meisten der Geschworenen[5] zu Gunsten des Klosters, einige für dessen Gegner, für drei Brüder, ausgesagt. Nachträglich ergibt sich, dass von zwei Inquisitionszeugen die Zeugenfähigkeit nicht nachgewiesen sei. Das Gericht stellt an die Brüder die Frage: *si haberent homines, qui illos duos testes, qui testificati non fuerunt, testificarent an non.* Diese erkundigen sich im Umstande und kehren mit der Erklärung zurück, dass Todolbert und Theodor bezeugen würden: *quod unusquisque suum haberet widerchildum.* Allein, inquiriert nach abgelegtem Eid, sagen diese über jene zwei Geschworenen aus: *quod de suorum proprietate inter mobilem et inmobilem suum non haberent widerchildum.* Schliesslich wird das Urteil gefällt: *ut testimonium illorum vacuum esset.*

[149] Es versteht sich von selbst, dass das Gericht bei Auswahl der Geschworenen die Hilfe der Partei in Anspruch nehmen kann. Mitunter kommt es vor, dass die inquisitionsberechtigte Partei sie vorher benennt (nicht produziert), worauf sie vom Richter citiert werden. Muratori, SS. IIb 942 [Hübner nr. 779]: Der Vertreter des Fiskus erklärt: „*Ecce omnes ipsi, qui hoc sciunt, ad prae-*

---

[1] Neugart I 485, nr. 596 [Hübner nr. 433].

[2] Neugart I 480, nr. 591 [Hübner nr. 429].

[3] M. B. XXXa 387.

[4] [Dronke, Cod. dipl. Fuld. p. 38, nr. 60; Hübner nr. 110.]

[5] Dass es sich um einen Inquisitionsbeweis handelte, geht aus folgenden Satzfragmenten hervor: „*Petivimus ambe partes misericordiam isto Alberico comiti ut inde faceret* — —“ „*Inquisitionem, quam dicitis utraque parte petivimus ut fieret* — —“ „*. . et illi homines, quos inde per inquisitionem etiam per sacramentum inquisistis* — —“.

sens sunt". Et statim eos denominavit. Murat., Ant. V 923 [Hübner nr. 716]: *Tunc nos missi fecimus venire veraces, quos ipse Petrus episcopus nobis denominavit.* Murat., Ant. II 981 [Hübner nr. 809]: *sunt hic boni et credentes homines, qui de hac causa sciunt veritatem.* Pérard S. 33 [Hübner nr. 399]: *(Missi) fecerunt requistum inter Vulfaldum episcopum et Heccardum comitem per illos, quos Vulfaldus ibi denominavit et per ceteros.* Durch diese Teilnahme der Partei an der Auswahl der Geschworenen werden die *testes nominati* noch nicht zu *testes producti.* In der *nominatio testium* liegt nur ein Vorschlag, noch keine Produktion, und bezeichnenderweise wird sie in einem Inquisitionsprivileg *„praenominatio"* genannt [1]. Die *testes praenominati* geben nicht, wie die produzierten Zeugen, ein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Beweismittel ab. Wenn der *testis productus* nicht für den Zeugenführer aussagt, resp. schwört, so ist dessen Beweisführung misslungen. Indirekt kommt dies freilich dem Gegner zu statten. Allein durch *testes praenominati* kann ein positiver Beweis für die Gegenpartei zu stande kommen, wie denn z. B. in der genannten Urkunde Pérard S. 33 sämtliche *„testes"* zu Ungunsten des Bischofs aussagen, also auch jene *„quos denominavit"* [2].

b) Das Wahrheitsversprechen.

Nachdem die Auswahl getroffen worden ist und die Ausgewählten in den Ring getreten sind, werden sie von seiten des Gerichtes zur Aussage der Wahrheit verpflichtet. Dieses Verpflichten geschieht bei Königsbann, und zwar entweder als Beeidigung oder als Beschwörung, je nachdem die Aussage auf einen *ad hoc* gebannten Schwur oder auf einen bereits früher abgelegten [150] Eid hin erfolgen soll, der zur eben stattfindenden Verhandlung in keiner unmittelbaren Beziehung steht. In beiden Fällen erfolgt die Aussage auf Grund eines ihr vorausgehenden Eides, daher man

[1] Murat. II 867 für Genivolta [Mühlbacher nr. 1151]: *Meliorum hominum adhibeatur inquisitio, quales ecclesiae pars praenominaverit.* Vgl. u. a. noch Ughelli V 202 für Piacenza [Mühlbacher nr. 1023]: *adhibeatur inquisitio per idoneos homines, quos ipse (episcopus) aut advocatus eiusdem ecclesiae nuntiaverit.*

[2] [Ueber die schwankende Zahl der Geschworenen siehe meine Entstehung der Schwurgerichte S. 110 ff.]

die Aussagenden im Gegensatz zu den assertorisch schwörenden Zeugen „Geschworene“ nennen kann. Sowohl durch die Beeidigung als durch die Beschwörung werden die ausgewählten Gemeindegenossen zu Geschworenen.

Im Fall der Beeidigung haben die ausgewählten Männer ein eidliches Wahrheitsversprechen abzugeben des Inhalts, dass sie über die ihnen vorzulegenden Fragen die reine und volle Wahrheit aussagen wollen. Da gerade die promissorische Form des Eides das formale Merkmal dieser Art von Inquisitio ist und uns namentlich in den Urkunden den Anhaltspunkt zur Unterscheidung vom Zeugenbeweise bietet, so will ich im folgenden eine längere Reihe von Belegen zusammenstellen, aus welchen diese Eidesfigur sich deutlich ersehen lässt. *Tunc iuraverunt isti sacramentum, quod inde veritatem dicere deberent ... post sacramentum dixerunt:* Meichelb. nr. 125 [Hübner nr. 177]. — *Demandavit Engilhardus comis, quod illi nobiles viri iurassent ad veritatem dicendam et inprimis iuravit E. ... et post iuramentum dixerunt:* Meichelb. nr. 312 [Hübner nr. 203]. — *Arcesserunt homines ... eosque iurare fecerunt in reliquiis, ut veritatem huius rei omnibus publice ostenderent ... et post sacramentum factum dixerunt:* Meichelb. nr. 368 [Hübner nr. 219]. — *Iuraverunt testes .. post iuramentum Ernst comes interrogavit, quomodo se res haberet. Illi vero secundum legalem iustitiam solvere iuramentum parati, ita dixerunt:* Meichelb. nr. 702 [Hübner nr. 347]. Nach alamannischen Urkunden und Formeln erfolgte die Aussage *„iuramento praemisso et fide data“.* — *Missus fecit iurare primos ... super sanctorum reliquias, quod quicquid de ipsa marcha ... certissime et verissime scirent, id sine mendacio et ulla dubitatione testarentur. Illi quidem post datam fidem et interrogatione facta dixerunt se veraciter scire.* Da in demselben Prozesse die Inquisitio vor dem König wiederholt werden soll: *rex .. fecit .. testes sacramentum dare super sanctam et venerabilem dominicam crucem suam .... tunc iussi sunt dicere secundum sibi datum sacramentum, quod verissime scirent ... id sine mendacio et dubitatione testarentur:* Mon. Boica XXXa 387. — *ipsos per sacramentorum*
[151] *interpositionem iurare fecerunt, ut omnem rei veritatem ... exinde dicere deberent:* Cartul. d. S. Victor I 43, nr. 31 [Hübner nr. 112]. Bei Carli IV 5 lassen Karls Machtboten die Istrianer schwören: *ut omnia quicquid scirent, de quo nos eos interrogaverimus, dicent veritatem.* — *Unusquisque eis iurare fecerunt a dei evangelia, ut*

quicquid exinde sciret, certa in omnibus eis dicere veritate: Mem. di Lucca Vb 418 [Hübner nr. 754]. — *Tunc feci (missus) adduci sancta dei evangelia ante nos. In primis Alateo iuravit per ipsas dei evangelias, quot de hanc causa sciret veritatem, nobis diceret . . . Sagramentas ipsas deducta . . . Hoschisus (missus) interrogavit ipso Alateo quit exinde sciret, quod certa veritate exinde dixisset:* Mem. di Lucca IVb 52 [Hübner nr. 775]. — *fecimus aduci sancta dei evangelia et unus ad unus ad ipsa evangelia iurati dixerunt, ut quicquid . . . sirent certam dicerent veritatem. Inprimis Offo, postquam iuravit, inquisitus dixit: sio . .:* Murat., Ant. II 931 [Hübner nr. 794].

Wenn keine Beeidigung stattfindet, werden die *inquirendi* beschworen, die Wahrheit auszusagen bei dem Eide, welchen sie als Unterthanen dem König geleistet haben. *Missi homines in medium vocaverunt et per sacramentum fidelitatis, quem domno Karolo . . imperatori ipso praesente anno iuraverunt, adtestati sunt eos . . .:* Meich. nr. 117 [Hübner nr. 167]. — *Interrogati ipsi in fide et sacramentum, quas domni imperatoris iuratum habebant, ut quid exinde scirent, certam dicerent veritatem:* Fumagalli 489, nr. 121 [Hübner nr. 800]. — *Comes convocatis . . . testimonia, interrogavit eos per ipsam fidem et sacramentum, quam nostro domno datam haberent, quicquid inde scirent, veritatem dicerent:* Goldast f. 99 [Hübner nr. 175]. In diesem Falle werden Aufforderung und Frage und ebenso Wahrheitsversprechen und Aussage verbunden. Entsprechend der mit der Aufforderung gestellten Frage des Richters lautet die Antwort der Geschworenen: *Per illum sacramentum vel fidelitatem, quam domno imperatori promissam habemus . . . vidimus:* Mur., SS. Ib 398 [Hübner nr. 756]. — *Per ipsum sacramentum, quod domno nostro datum habemus, scimus quod . .:* Goldast f. 99. Wann auf den Treueid, wann auf einen *ad hoc* geleisteten Schwur hin inquiriert wurde, lässt sich prinzipiell nicht feststellen[1]. Im allgemeinen scheint man der Beeidigung [152]

[1] Vgl. die Gesandteninstruktion Ludwigs von 828, P. 328 [Cap. II 8]. Die daselbst aufgestellten Regeln und Grundsätze lassen sich, obwohl nicht vom Inquisitionsbeweise die Rede ist, unbedenklich auch auf unseren Gegenstand beziehen; *instruendi sunt, qualiter ipsam fidem erga nos salvare debeant, i. e. ut quicumque talem causam scit in illis rectoribus . . . de quibus interrogati fuerint . . . omnino, si salvam voluerit suam fidem et promissionem habere, manifestum faciat.*

mehr Gewicht beigelegt zu haben als der Beziehung auf den Treueid. In Betracht mag auch gekommen sein, ob der Fidelitätseid kurze oder geraume Zeit vor dem Inquisitionsakte war abgenommen worden, indem man sich im ersteren Falle, da er noch frisch in aller Gedächtnis, eher mit der Erinnerung an ihn begnügte.

Eigentümlich ist eine Verbindung beider Verpflichtungsarten, und zwar in der Weise, dass ein Teil der Aussagenden schwört, der andre auf den Fidelitätseid hin aussagt. Das für diese Scheidung massgebende Moment wird aus folgenden Beispielen ersichtlich. . . . *Isti sunt, qui iuraverunt* (es folgen neun Namen). *Postea aiunt, quod . . . scierint. Hoc ipsud Liutpald comis, Wago, Deothart, Kaganhart per sacramentum dominicum testificaverunt:* Meichelb. nr. 368 [Hübner nr. 219]. — *fecerunt inde iurare in reliquiis, inprimis Iob (comes) testificavit per illum sacramentum, quod domno nostro iuravit, et isti sunt, qui iuraverunt:* Meichelb. nr. 269 [Hübner nr. 196]. — *H. missus dominicus et K. iudex vocaverunt illos homines . . . eosque fecerunt iurare in sacris reliquiis, ut huius rei veritatem ostenderent, quorum nomina hic inseruntur. Inprimis Liutpald comis testificavit per sacramentum dominicum, deinde iuravit M.* (und noch 27 andre) *et post sacramentum factum dixerunt:* Meichelb. 470 [Hübner nr. 238]. — *fecimus eos iurare per sancta dei evangelia, ut quicquid de hominibus ipsis scirent, nobis dicerent veritatem . . . Insuper interrogavimus A. qui olim castaldeus fuit et Giso scabinum et Alaisi scabinum in ipso sacramento vel fidelitate, quam domno imperatori promissam habuerunt, ut quicquid scirent coram nobis dicerent veritatem:* Murat., SS. Ib 398 [Hübner nr. 756]. Auch dann, wenn im allgemeinen ein eidliches Wahrheitsversprechen abzulegen ist, werden gewisse Personen von der Beeidigung ausgenommen und im Gegensatz zu den übrigen Geschworenen auf den Treueid, das *sacramentum dominicum* hin inquiriert. In den Urkunden tritt diese Ausnahme zumal bei solchen Personen hervor, deren Namen irgend ein Titel beigefügt wird. Wir können daraus entnehmen, dass man bei Personen, die ein öffentliches Amt bekleiden oder doch bekleidet haben, sich in der Regel mit der Beziehung auf das *sacramentum dominicum* begnügte, obwohl im übrigen die Inquisitio auf Grund gebannten Schwures stattfand.

[153] Wenn Priester als „*testes*“ verwendet wurden, so pflegte man sie gleichfalls nicht *ad hoc* zu vereidigen, sondern verpflichtete sie,

die Aussage auf ihr Priesteramt, resp. die Weihgelübde hin, abzulegen, eine Thatsache, die mit der Eidesfreiheit des Klerus zusammenhängt. *O. archipresbyter dixit adiuratus in suo sacerdotio:* Mur. Ant. II 951 [Hübner nr. 746]. — *Laici omnes ad dei evangelia . . . prefecimus (iurare ut) . . . dicerent veritatem. Ita et ipsi sacerdotes coniuravimus eos in suum sacerdotium et fidelitatem, quas ad parte domni imperatoris iuratum habebant, ut quid vera exinde scirent, veritatem ut ipsi declararent:* Mur., Ant. V 923 [Hübner nr. 716]. — *Sacerdotes et laici interrogati atque coniuncti in eadem fide sacerdotii et Christianitatis suae, quod de hac . . . investitura scirent, ut verum dicerent et per nullius hominis timorem neque blandimentum in aliqua parte deverterent. Inprimis A. presbyter dixit: scio . . . G. iuratus a dei evangelia et inquisitus dixit . . . isti omnes iurati dixerunt:* Mur., Ant. II 977, a. 842 [Hübner nr. 733].

Wie man aus der zuletzt angeführten Stelle ersieht, spielt noch ein andres Moment, ein kirchliches, hie und da in das inquisitorische Beweisverfahren hinein. Noch deutlicher wird dies betont in folgender *notitia inquisitionis* aus Pérard S. 33: „. . . *fecerunt requistum . . . per illum sacramentum, quem domno Karolo regi habebant iurata et per illam professionem, quam in baptismo promiserunt, ut veritatem dixissent*[1] . . *Tunc interrogatum per ipsos fuit . . . per illum sacramentum, quid de veritate sciebant, veritatem exinde dixissent*“[2]. Da in der Regel ein Bischof oder Abt und ein Graf als königliche Machtboten abgesandt wurden, so erklärt es sich leicht, dass man gelegentlich neben dem gebannten Schwur oder dem Fidelitätseid auch das Taufgelübde als Inquisitionshebel ansetzte. Dieser Umstand weist auf einen Zusammenhang der kanonischen Inquisitio mit der des weltlichen Verfahrens, scheint mir aber durchaus nicht etwa dafür zu sprechen, dass diese jener nachgebildet wurde[3].

Die Natur des inquisitorischen Verfahrens bringt es mit sich, dass die Formen, in welchen es zur Anwendung kommt, minder konstant sind und in den einzelnen Fällen variieren[4]. Desto be- [154]

---

[1] sc. *dicerent.*

[2] Siehe Anm. 1.

[3] Dass die Inquisitio des kanonischen Rechtes dem weltlichen Rechte entlehnt worden sei, erwies Dove, Die fränkischen Sendgerichte, Zeitsch. f. Kirchenr. IV.

[4] Abnorm ist das Verfahren in Vaissete II 27 [Hübner nr. 434]. Die

zeichnender ist es, dass diese Unterschiede sich nicht etwa nach den Gebieten der einzelnen Volksrechte gruppieren, sondern überall gleichmässig zu Tage treten. Eine Vergleichung der angeführten Beeidigungs- und Beschwörungsformeln zeigt eine mitunter auffallende Uebereinstimmung im Wortlaute. Es ist eben das allen Stämmen gemeinsame Königtum, von dem die Neuerung ausging, es sind die königlichen Machtboten, die sie von den Pfalzen aus in die einzelnen Teile des Reiches trugen.

c) Die Aussage.

In dem Abschnitte über den Gegenstand des Inquisitionsbeweises haben wir uns mit den Aussagen der Geschworenen insoferne beschäftigt, als sie uns dazu dienten, die Rechtsfälle zu charakterisieren, in welchen der Inquisitionsbeweis zur Anwendung kam. Hier haben wir es mit der Stellung der Aussage[1] zum Urteil zu thun. Im Zeugenverfahren ist der Inhalt des Schwurs
[155] durch das Urteil im voraus festgestellt[2]. Der Zeugeneid muss

---

Umsassen werden, nahe an zweihundert, bei Königsbann aufgefordert, die Wahrheit auszusagen. Nachdem die Aussage geschehen, werden aus der Gesamtheit vierzehn ausgewählt *(qui) in ecclesiam sanctae Mariae ingressi iterumque ab ipso vicecomite per ordinem interrogati et discussi absque ulla varietate testificantes iurati dixerunt, quia ipsas res . . . pluris debent esse S. M. . . . quam G. . . . per deum altissimum et istas virtutes sanctorum.* Wie es scheint, ging der *inquisitio* in diesem Falle eine Beeidigung nicht voraus; damit würde sich erklären, dass sie durch einen Zeugeneid, wie dieser dem ordentlichen Verfahren eigentümlich ist, ergänzt wurde. In Urkunde Fumagalli 489, nr. 121 [Hübner nr. 800] legen *nobiles, credentes homines, liberi arimanni* auf den Fidelitätseid hin eine Aussage ab. Nach der Aussage erbieten sie sich, dieselbe nachträglich auf die Evangelien zu beschwören. Allein die Beklagten *professi dixerunt, quod ita verum esset, quod ipsi homines testificaverunt . . . et nolerent, ut ipsi testificantes per hoc sacramentum iurarent, eo quod sic esset veritas, sicut ipsi testificaverunt.* Eine allgemeine Notwendigkeit zeugenmässiger Beschwörung inquisitorischer Aussagen wird aus diesen Stellen niemand folgern wollen. Wenn auch die auf den Treueid hin abgelegte Aussage einer Bestärkung durch den Zeugeneid fähig ist, so ist es doch schwerlich vorgekommen, dass dieselben Personen in derselben Sache zuerst promissorisch geschworen, dann ausgesagt und endlich assertorisch geschworen haben.

[1] [Die Aussage wird von den Geschworenen entweder als eine gemeinschaftliche mit gesamtem Munde oder in der Weise abgegeben, dass sie der Reihe nach einzeln aussagen. Siehe meine Entstehung der Schwurgerichte S. 119 ff.]

[2] Das langobardische Verfahren selbstverständlich ausgenommen.

stets das volle Beweisthema und kann nur dieses enthalten. Jede weitere eidliche Aussage, welche über die durch das Urteil festgestellten Beweissätze hinausgeht, ist überflüssig und ohne Belang. Anders im inquisitorischen Beweisverfahren, wo der Schwur, wenn er vorkommt, ein promissorischer und daher in Bezug auf das Meritorische der Streitsache inhaltlos ist. Während im Zeugenverfahren das Urteil das Substrat des Zeugeneides bildet, wird hier die gerichtliche Entscheidung auf Grund der Aussage gefällt. Diese ist nicht so strenge an das Beweisthema gebunden, sie bewegt sich frei und bietet dem Urteil eine breite Basis. Die richterliche Ueberzeugung mag Beweismomente in sich aufnehmen, von deren Verwertung bei den formalen Beweismitteln keine Rede sein kann. Einige Beispiele aus den Urkunden mögen das Gesagte verdeutlichen. Eine *notitia inquisitionis* bei Neugart I 150, nr. 159 gibt mit grosser Genauigkeit die Aussagen, welche in einem Rechtsstreite des Klosters St. Gallen mit einem gewissen Odalhart abgegeben wurden. Es handelte sich um einige Höfe, von welchen das Kloster behauptete, dass sie ihm vom Eigentümer Erchanbold tradiert worden seien. Der Erzpriester von Klausen, wo die streitigen Güter lagen, und Petrus der Lombarde sagen aus, dass sie gesehen, wie Erchanbold die Traditionsurkunde ausgestellt habe, sie hätten diese unterfertigt und hätten gesehen, wie zwei Mönche von St. Gallen jene Höfe ohne Widerspruch behausten. Barbentius und drei andre wissen, wie St. Gallener Mönche daselbst wohnten und den Schweinezehnten erhoben. Lantolo erklärt dasselbe und ausserdem, dass sein Bruder Reginbert für St. Gallen Vogt dieser Güter gewesen sei. Adalf und Ansgar haben gesehen, wie Mönch Petto im Namen des Klosters daselbst gewaltet habe. Saxo sagt, dass ihn Mönch Petto einmal dort beherbergt habe und dass sich damals Reliquien des St. Gallus daselbst befunden hätten. Folkart hat gesehen, wie Mönch Petto den Bischof Wolfleoz aufgenommen, als dieser nach Rom reiste. Aquilinus sagt aus: „Ich habe von Adalolf, dem Gastalden der Stadt, gehört, dass Odalhart, der Beklagte, welcher jetzt jene Güter innehat, vor dem königlichen Machtboten Bischof Helmrich erklärt habe, er besitze kein freies [156]
Eigen, auf Grund dessen er den *heribannus* [1] zahlen müsste, sondern er sitze auf jenen Gütern St. Gallens, welche sein Vater

---

[1] [Vgl. H. Brunner, D. RG. II 212 Anm. 41.]

dorthin tradiert habe“ [1]. Ansprand und sieben andre haben gesehen, wie die Mönche St. Gallens bei Lebzeiten Erchanbolds, des Tradenten, als Eigentümer jener Güter gewaltet haben, auch sie hätten gehört, wie Adalhart vor dem Machtboten Helmrich erzählte, er habe kein freies Eigentum und sei daher nicht verpflichtet, das Heerbanngeld zu bezahlen [2]. Die Geschworenen sagen alles aus, was sie über den fraglichen Punkt wissen, ihre Aussage beschränkt sich nicht etwa auf die einfache Thatsache des Besitzes, sie erwähnen sogar eine aussergerichtliche Aeusserung des Beklagten, die zwar mit Wahrscheinlichkeit, aber durchaus nicht mit Bestimmtheit darauf schliessen lässt, dass er zur Zeit, da sie fiel, nicht Eigentümer der streitigen Güter gewesen. Sie eröffnen nicht nur, was sie selbst vom Beklagten gehört, sondern auch was sie von andern über dessen Aeusserungen vernommen haben. Noch deutlicher tritt dies letzte Moment, das des Hörensagens, in der *notitia* bei Pérard S. 33 [Hübner nr. 399] hervor, wo einer der Befragten mitteilt: *quod venit ad illum Suauus ut* [3] *fuisset locutus cum Odelrico seniori suo, quod ipsa villa* [4] *acceptasset et ei dedisset* [5]*; sed Odelricus vidit, quod ratio non erat, hoc dimisit. Deinde fuit locutus cum Vinfredo alii senioris sui et vidit, quod ratio non fuisset, dimisit similiter. Deinde audivit, quod venit ad Odone comiti pro ipsa ratione, sed nesciebat, quod inde fecit amplius.*

Wir ersehen daraus, wie die Inquisitio die Fähigkeit besitzt, die mannigfaltigsten und die fernstliegenden Beweismomente aufzusaugen. Ihr Ergebnis ist mitunter eine ganze Kette von Thatsachen, von welchen die einzelne für sich einen Beweis nicht abzugeben ver-
[157] möchte. Indirekte Schlussfolgerungen und Vermutungen spielen ihre Rolle. Der Inquisitionsbeweis kann zum Indizienbeweise werden.

Nicht immer gehen die Aussagen der Geschworenen so sehr ins Detail. Häufig werden sie in derselben knappen Form abgegeben, wie die Zeugenaussagen, welche bekanntlich oft die That-

---

[1] „. . *Odalhartum, qui nunc ipsas res tenet, negare quod nihil ibi habuisset proprietatis, pro quo heribannum reddere debuisset, nisi res sancti Galli, quod pater suus illuc ad praedictum monasterium tradiderat*“.

[2] „*Odalhardum ante Helmirico misso audissent ennarantem, quod proprium non habuisset et ideo haribannum dare non debuisset*“.

[3] doch wohl et.

[4] Es handelt sich um die *villa Patriciacus.*

[5] l.: *acciperet et ei daret.*

und Rechtsfrage zugleich umfassen. Die Aussage beschränkt sich auch bei den Geschworenen nicht selten auf die einfache Formel „*res plus debet esse Petro quam Martino*“, so dass die Ueberzeugungsmomente, welche den einzelnen zu dieser Aussage veranlassen, latent bleiben. Die Aussage hat in solchen Fällen den Charakter eines Ausspruches.

In mehreren Urkunden findet sich, dass das Gericht, wenn die Geschworenen ihre Aussage abgegeben haben, an die Partei, gegen welche die Inquisitio vorgenommen worden oder ausgefallen ist, eine Schlussfrage stellt, des Inhalts, was sie auf die Aussagen der Geschworenen zu erwidern hätte. Im Zeugenverfahren erfolgt, wie wir gesehen haben, eine ähnliche Frage nach Schluss des Verhörs und vor Beeidigung der Zeugen, um der Partei den Gegenbeweis durch Gegenzeugen offen zu halten. Andre Bedeutung scheint mir die Schlussfrage des inquisitorischen Beweisverfahrens zu haben. Hier handelt es sich nicht etwa um eine Annullierung, sondern um eine Ergänzung der Beweisaufnahme. Dem inquisitorischen Charakter des Verfahrens gemäss wird die Aussage der Partei selbst als Beweismaterial verwertet. Die Partei könnte ja Thatsachen vorbringen, neben welchen die Wahrheit der Aussagen der Geschworenen immerhin bestehen könnte und welche dennoch das Ergebnis der Untersuchung beeinflussen würden. Darum muss auch sie, ehe auf die Inquisitio hin geurteilt wird, gehört werden. „*Inquisitione facta tunc nos .. auditores interrogavimus ipsum Sisenandum et ... Gundi, quid contra inquisitionem ipsam dicere vellent aut si veritatem testificaverunt aut non vel si ipsi omnia dixissent. Qui dixerunt, quod adversus ipsam inquisitionem nihil dicere vellent eo quod non possent, et veraciter testificaverunt et idonei sunt*“: Muratori SS. IIb 942 [Hübner nr. 779]. Die Aeusserung der Partei wird als Aussage, nicht als Zugeständnis behandelt, denn das Urteil wird in diesem Prozesse nicht etwa *secundum professionem*, sondern *secundum dictam inquisitionem* gefällt. *Interrogatus quoque idem advocatus episcopi et W. eius homo id ipsum professi sunt:* Martene 169 [Hübner nr. 360] (Inquisitio wegen Anisola). [158]
— *Demum post multos testes et multa similia testimonia manifeste professi sunt se non habere ullam firmitatem ... sed qui de hac causa iurati vel inquisiti dixerunt, omnia vera dixise ...*: Muratori, Ant. II 951 [Hübner nr. 746]. In der Inquisitio, welche Karl der Dicke 881 über den Streit der Bischöfe von Siena und Arezzo

durchführt, fragt er selbst den Sachfälligen, was er über die Inquisitio zu sagen habe. *Interrogatus a domno Karolo, quod contra hanc inquisitionem dicere vellet,* antwortet dieser: *„vere de predictas plebes . . . unde isti bonos et credentes homines per inquisicionem testimonium dixerunt, veritatem dixerunt“:* Muratori, Ant. II 931 [Hübner nr. 794]. Die angegebenen Beispiele setzen es ins Licht, dass der Verlauf der Inquisitio sehr wohl die Folge haben konnte, die Partei von der Unhaltbarkeit ihres Anspruches zu überzeugen. Erklärt sie sich mit dem Ergebnisse einverstanden, so ist dieses dadurch ausser Zweifel gesetzt und die Fällung des Urteils wesentlich erleichtert. Vermag die Partei durch ihre Antwort die Beweiskraft der Aussagen der Geschworenen zu schwächen, so kann dies eine Ergänzung oder eine Ueberprüfung der Untersuchung zur Folge haben. Beharrt die Partei auf die Schlussfrage des Gerichtes hin bei ihrer anfänglichen Behauptung, so hing die Wirkung dieser Entgegnung auf alle Fälle vom Ermessen des Gerichtes ab. In den Inquisitionsprotokollen, welche die Missi dem Königsgerichte einzusenden hatten, wird auch der Aeusserung der Partei Erwähnung gethan. So heisst es in der Notitia, Memorie di Lucca Vb 321, nr. 539 [Hübner nr. 723], nachdem eine Reihe von Aussagen zu Gunsten des Bistums Lucca angeführt worden: *set A. wassus domni regis illam (ecclesiam) voluit contendere ad parte palatii, set minime potuit.* In Fällen der Einsendung des Inquisitionsprotokolles wurde die Entscheidung im Königsgerichte gefällt. Der Umstand, dass die Aeusserung der Partei in das Protokoll aufgenommen wurde, zwingt zu dem Schlusse, dass sie bei Beurteilung der Streitfrage in die Wagschale fiel. Ob sie das Resultat der Inquisitio beeinträchtigte, stand, wie gesagt, im Ermessen des Gerichtes. Das Urteil konnte natürlich trotz des Widerspruches der Partei den Aussagen der Geschworenen gemäss gefällt werden. Als Beleg diene Rozière 475 [Form. Sang. 10]. Die Beklagten beharren trotz der Aussagen der Geschworenen bei ihrer Behauptung. *Cumque hoc antedicti invasores negare voluissent nec omnino potuissent, coacti sunt a iudicibus . . . possessiones restituere.* Wenn in
[159] vielen Urkunden die Schlussfrage vermisst wird, so lässt sich daraus nicht folgern, dass sie betreffenden Falls nicht gestellt worden sei [1].

---

[1] Eine Ausnahme bilden wohl die Fiskalprozesse, bei welchen der Fiskus nicht durch einen Vogt vertreten wurde. Vgl. oben S. 158 f.

Von der negativen Aeusserung der Partei ist zu unterscheiden ihr Widerspruch gegen die Anwendung des Inquisitionsbeweises überhaupt, ein Vorgang, der zur Kontumazierung führt, weil darin eine Weigerung liegt, sich dem auf Grund der Inquisitio zu fällenden Urteile zu fügen. In dem oben S. 188 f. erörterten Prozesse, Memorie di Lucca Vb, 52, nr. 39 weigern sich die Beklagten „*ut inquisitioni starent*". Da ist denn zum Schluss auch von keinem Urteile der Schöffen die Rede, sondern der Bischof Hoschisus investiert den Kläger mit dem Streitobjekte *salva querela* des Beklagten [1]. Monumenta Boica XXXa, 387 werden die Gaugenossen, qui *paraverunt se sine ulla audientia a placito constituto discedere* bei Königsbann vor das Königsgericht beschieden. Einen ähnlichen Fall weist Goldast form. 95 [Hübner nr. 288] auf. *Quod (postquam) enim idem testes legaliter adducti fuissent, eadem Rachilt et H. filius eius eidem testificationi consentire nolentes de placito evaserunt. Qua ex causa diiudicatum est, ut eaedem res in interdictum banni iussae fierent, usque dum de hoc regalis sententia decerneret* [2]. Nicht darin liegt das Charakteristische der Massregel, dass die Entscheidung des Königs abgewartet wird, sondern darin, dass die Streitobjekte bis zur Entscheidung des Königs der Verfügung des Beklagten entzogen werden sollen. Den königlichen Machtboten war nicht die Entscheidung, sondern nur die Untersuchung der Sache aufgetragen worden. Um die Exekution der *sententia regis* zu sichern, werden die Güter in Verspruch gethan. Wären die Beklagten im Ding geblieben, so hätte man sich damit begnügt, sie über ihr Erscheinen im Königsgerichte Bürgschaft leisten zu lassen.

War die *definitiva sententia* dem Königsgerichte vorbehalten, [160]
so wurde an dieses ein Inquisitionsprotokoll geschickt, und die Thä-

---

[1] *Sequens iussionem domni imperatoris per fustem et de manu sua investivi (missus) eundem Gh. episcopum et Eriteo advocatum de rebus ipsis.* Es liegt hier nicht etwa eine *missio in bannum regis* vor, wie man nach dem Privileg Ludwigs II., welches in diesem Placitum produziert wird, erwarten könnte, sondern eine Besitzeinweisung des Klägers *salva querela contumacis*, wie sie nach der langob. Formel Walter III 549, nr. 4 [Cartul. Lang. nr. 20, LL. IV 601] in die streitigen Güter des säumigen Beklagten stattzufinden pflegt. Vgl. M. d. L. IVb 71, nr. 55, a. 897 [Hübner nr. 819].

[2] Die streitigen Güter werden in gerichtlichen Verspruch gethan. Vgl. § 11, Cap. leg. add. 818/19, P. 211 [Cap. I 283].

tigkeit des Untersuchungsgerichtes war zu Ende. War es nötig, dass der Beklagte sich noch vor dem Königsgerichte äussere, so hatte er über sein Erscheinen Bürgschaft zu leisten. *„Post hoc testimonium dedit Odalhartus wadium Folcroho misso, ut esset paratus in praesentia domni imperatoris in placito generali iusticiam faciendi“*. Neugart 150, nr. 159 [Hübner nr. 727].

d) Das Urteil.

Lag kein derartiger Vorbehalt vor, so befahl der Richter, Missus oder Graf nach Schluss der Inquisitio den Schöffen, ihm auf Grund derselben das Urteil zu finden. *Quam ob causam iussit praedictus missus legem inter eos decrevisse. Inprimis Kisalhardus publicus iudex sanxit iuxta legem Baiowariorum ad iustitiam . . .:* Meichelb. nr. 470 [Hübner nr. 238]. — *Tunc Ernst comes regalem multitudinem vulgique summam interrogavit, quid iustitiae esset peragendum:* Meichelb. nr. 702 [Hübner nr. 347]. — *Interrogavit ipse comes illos scabinos, quid illi de hac causa iudicare voluissent:* Goldast form. 99 [Hübner nr. 175]. An die zuletzt angeführte Urteilsfrage schliesst sich folgendes Urteil an: *At illi (scabini) dixerunt: Secundum istorum hominum testimonium et secundum vestram inquisitionem iudicamus, ut sicut divisum et finitum est et terminis positis inter ipsos mansos, ut isti homines illorum proprium habeant absque ullius contradictione in perpetuum et quod in dominico dictum et terminis divisum coram testibus fuit, receptum sit ad partem domini nostri.* Das Urteil ist, wie man aus diesem Formular ersieht, einzüngig und nimmt Bezug auf den vom Grafen aufgenommenen Inquisitionsbeweis, welchen die Schöffen bezeichnend genug dem Grafen gegenüber *„vestra inquisitio“* nennen. Aehnlich lautet das Urteil bei Muratori, SS. IIb 942 [Hübner nr. 779]: *Iudicavimus ut iuxta legem et secundum dictam inquisitionem ipsam Gundi et omnes reditus pertinere parti palatii*[1] . . . Wenn ich hiermit den
[161] Prozess über die Grenze des Beweisverfahrens hinaus bis zur

[1] Vgl. noch Mon. Boic. XXXa 387; Lupi II col. 113 [Hübner nr. 857]; Murat., Ant. II 951 und 981 [Hübner nr. 746. 809]. Nicht in allen Urkunden tritt die Thätigkeit der Urteilfinder in dieser Weise hervor. Oft wird das Urteil gar nicht erwähnt, oft in die Erwähnung der Urteilsvollstreckung hineingezogen. Doch kann es, wo es nicht dem Königsgerichte vorbehalten blieb, unbedenklich ergänzt werden.

Fällung des Urteils verfolgt habe, so geschah dies darum, weil erst diese die Inquisitio zum Inquisitionsbeweise stempelt und weil überhaupt die Stellung des Urteils zum Beweisverfahren letzteres in entscheidender Weise beeinflusst.

5. Schluss.

Ich glaube die Eigentümlichkeiten des Inquisitionsbeweises dargethan und die Berechtigung erwiesen zu haben, ihn den übrigen Beweismitteln des germanischen Gerichtsverfahrens gegenüber zu stellen. Nicht sowohl in den positiven Merkmalen ist das Charakteristische desselben zu suchen — dem modernen Zeugenverfahren steht er näher als jenes der karolingischen Zeit —, er erhält vielmehr seine Bedeutung erst durch den Gegensatz, in welchen er sich zum altdeutschen Beweisverfahren überhaupt, zum Zeugenbeweise insbesondere stellt. Ich will daher die wesentlichen Unterschiede in kurzen Worten nochmals präcisieren, bei dieser Gegenüberstellung jedoch von dem singulären Zeugenverfahren des langobardischen Rechtes Umgang nehmen.

Auf den Zeugenbeweis wird durch ein zweizüngiges Urteil der Schöffen erkannt. Die Inquisitio wird vom Richter angeordnet; die Schöffen werden über die Anordnung nicht befragt. Das Beweisurteil fällt also in derartigen Prozessen vollständig hinweg. Im Zeugenverfahren ist die Beweisrolle rechtlich festgestellt. In erster Linie hat der Beklagte, in zweiter der Kläger das Zeugenbeweisrecht. Die Inquisitio dagegen hebt die Beweisrolle auf. Der Zeugenbeweis ist ein Beweis von der Partei der Partei geliefert. Den Inquisitionsbeweis erhebt das Gericht, um eine Grundlage für die Beurteilung eines Streitfalles zu erlangen. Die Zeugen werden von der Partei gewählt, von der Partei produziert. Sache der Partei ist es, die Gemeindezeugen vor Gericht zu bringen; ein Zwang, um dieselben zum Erscheinen zu veranlassen, existiert nicht. Im inquisitorischen Beweisverfahren werden die „*testes*“ vom Richter gewählt und banniert. Sie können die Aussage nicht verweigern, sondern werden bei Königsbann dazu gezwungen. Während im Zeugenverfahren der Eid assertorisch abgelegt wird, kennt die Inquisitio nur einen promissorischen Eid oder ein Wahrheitsversprechen auf Grund des allgemeinen Treueides. Demzufolge geht im Zeugenverfahren das Verhör, die „*inquisitio testium*“ [162]

der Eidesleistung voraus, während die „*inquisitio per testes*“ dem Verhör das Wahrheitsversprechen vorausschickt. Im Zeugenverfahren wird der Beweis durch den Zeugeneid geliefert, das Verhör ist nur präventive Massregel gegen Meineide. Bei der Inquisitio ist die auf Grund des Wahrheitsversprechens abgelegte Aussage das Beweismittel, das Wahrheitsversprechen selbst hat nur die Aufgabe, die in den Aussagen der Geschworenen liegenden Wahrheitsmomente zu verstärken. Während der volle Tenor des Zeugeneides durch das Beweisurteil, welches zugleich Endurteil, gegeben ist, können die Aussagen der Geschworenen sogar Momente des Indizienbeweises bieten. Den Zeugen gegenüber ist Produktion von Gegenzeugen möglich, und das Verfahren löst sich eventuell in das Ordal des Zweikampfes auf. Dem Inquisitionsbeweise gegenüber ist der Partei eine derartige Infragestellung des Ergebnisses nicht gestattet; es sollen von vornherein nur die angesehensten und glaubwürdigsten Männer zu Geschworenen gewählt werden. Doch kann das Gericht aus eigener Initiative wegen Meineidsverdacht auf ein Gottesurteil erkennen.

Der Zeugenbeweis hat in karolingischer Zeit seine formale Natur behauptet. Im inquisitorischen Beweisverfahren ist ihm jedoch ein Rivale erstanden. Während dort das Urteil der Schöffen, in enge Schranken gebunden durch die Rechtssitte, das streitige Recht abhängig macht von einer Bedingung, über deren Eintreten oder Nichteintreten eine richterliche Prüfung nicht nötig ist, wird die Inquisitio erst durch die richterliche Beurteilung ihrer Ergebnisse zum Beweise erhoben.

Im Inquisitionsbeweise hat sich zuerst der prinzipielle Bruch mit dem Formalismus des alten [Beweis]verfahrens vollzogen. Doch war das Terrain, welches er sich im Laufe des hier behandelten Zeitraums erworben, ein sehr beschränktes. Im Rechtsstreite, welchen freie, wehrhafte Männer vor dem Gaugerichte mit einander führten, ist er nicht zur Anwendung gekommen. Sein Gebiet erstreckte sich, abgesehen von den übrigen Beschränkungen, nicht viel über Grundbesitzstreitigkeiten und Prozesse um Eigenleute hinaus. In Kriminalsachen war er ebensowenig statthaft wie der Zeugenbeweis. Nur der König und dessen Missus hatten die Inquisitionsgewalt im eigentlichen Sinne, nur der Fiskus und die privilegierte Partei das Inquisitionsrecht. So verhält sich denn der Inquisitionsbeweis zum Zeugenbeweise wie die Ausnahme zur Regel.

Wenn wir diesen als *ius strictum* bezeichnen, können wir sagen, [163] dass jener das *ius aequum*, die Grundsätze der Billigkeit vertritt. In der That bot das neue Beweisverfahren dem Zeugenbeweise gegenüber gerade nach dieser Richtung hin mannigfache Vorteile, und zwar zufolge seiner Fähigkeit, sich der Individualität des einzelnen Rechtsstreites anzuschmiegen, durch den Aussagezwang, welcher gegen die Gemeindegenossen ausgeübt werden konnte, durch die Ausschliessung des Ordals und die hiermit erlangte Sicherheit des Beweisergebnisses. So konnte daher in manchen Fällen ein Beweis erbracht werden, wo er nach strengem Rechtsgang nicht möglich war oder durch eine mächtige Partei erfolgreich angefochten werden durfte. Andrerseits hatte aber die Neuerung den Nachteil, dass sie die Beweisführung aus der Hand der Partei in die des Richters legte und mit dem richterlichen Ermessen zugleich die richterliche Willkür freieren Spielraum erhielt, deren Einschränkung im ordentlichen Verfahren nach damaligen Anschauungen die Nachteile des Formalismus reichlich aufwog.

Ueber die Entwickelung des inquisitorischen Beweisverfahrens habe ich mich auf wenige Andeutungen beschränkt. Ich habe weder den Ursprung noch die weiteren Schicksale angegeben. Was seine Entstehung betrifft, so kann ich nur eine schüchterne Hypothese aufstellen. In allen Stammesrechten der im fränkischen Reiche vereinigten Stämme und Völker kennen wir nur einen assertorischen, keinen promissorischen Zeugeneid mit Ausnahme des römischen Rechtes. Es liegt daher nahe, den Inquisitionsbeweis auf fremdrechtlichen, auf römischen Einfluss zurückzuführen[1]. Das Königtum der Franken hat für das Königsgut so manche Vorrechte in Anspruch genommen, welche römischen Einrichtungen entlehnt wurden. Ich verweise auf die Waitzsche Auffassung der Immunität. Dieser Institution können wir das Inquisitionsrecht des Fiskus an die Seite stellen, indem beide aus römischer Wurzel entsprossen. Abgesehen von den praktischen Vorteilen, welche die Inquisitio bot, musste das Bestreben, die *definitiva sententia* über Fiskalprozesse an das Königsgericht zu ziehen und in derartigen Rechtsstreitigkeiten ebensowohl das freie Ermessen der königlichen Gerichtsvögte als den Einfluss der ordentlichen Richter einzu-

---

[1] [Vgl. Cod. Theod. X 10, c. 11. 29; X 8, c. 2 und meine Entstehung der Schwurgerichte, S. 87.]

schränken, zur Aufnahme und weiteren Ausbildung der Inquisitio drängen. Inquisitionsmandat und Inquisitionsprivileg, zumal die Organisierung des missatischen Instituts haben dann die Neuerung über ihr ursprüngliches Gebiet ausgedehnt.

[164] Die fernere Geschichte des inquisitorischen Beweisverfahrens liegt nicht mehr innerhalb der Grenzen dieser Arbeit. Doch kann ich mir nicht versagen, nach einer Richtung hin auf seine Bedeutung aufmerksam zu machen.

Die Entstehung der Schwurgerichte ist bekanntlich einer der kontroversesten Punkte in der Rechtsgeschichte. Die Ansicht, dass man in den Schöffen, dass man in den Eidhelfern ihr Vorbild zu suchen habe, ist als überwundener Standpunkt zu betrachten, seit man im Gemeindezeugnis — das Wort in seiner weitesten Bedeutung genommen — die Wurzel der Jury erkannt hat. Allein der Nachweis dieses Zusammenhanges musste ein lückenhafter bleiben, so lange das ordentliche Zeugenverfahren als Anknüpfungspunkt benutzt wurde. Der endlichen Lösung der Juryfrage sind wir, wie ich glaube, ein Stück näher gerückt, wenn es gelungen ist, in der karolingischen Inquisitio ein eigentümliches Beweisverfahren klarzustellen, in welchem das Gemeindezeugnis (in weiterer Bedeutung) auf einen promissorischen Eid hin, also von Geschworenen im buchstäblichen Sinne des Wortes erbracht wird. Bisher stand die Forschung vor der Aufgabe, den Abstand zwischen der Jury und dem Zeugenverfahren zu überbrücken. Merklich geringer scheint mir der Unterschied zwischen der Civiljury, die ja bekanntlich älter ist als die Kriminaljury, und dem karolingischen Inquisitionsbeweise, der, wie wir wissen, ausschliesslich im Civilprozess zur Anwendung kam.

Man hat die Geschichte und den Ursprung der englischen Schwurgerichte zurückverfolgt bis auf normannischen Boden, dessen Bewohner sie als Eroberer nach England gebracht hatten. Man hat die Anfänge der Jury in der sogenannten „*enquête*, *enqueste*“ des Grand Coustumier der Normandie und seiner Quellen gefunden. Wie Konrad Maurer[1] überzeugend nachgewiesen, steht der wissenschaftlichen Forschung nur noch die Alternative offen, ob die „*enqueste*“ aus der nordischen Heimat der Normannen oder aus fränkisch-germanischen Einrichtungen zu erklären sei. Die Her-

[1] Kritische Ueberschau V 374 ff.

leitung aus den skandinavischen Rechten vermag mich nicht zu überzeugen[1]. Mir scheint die normannische „*enqueste*" nicht nur [165] dem Namen, sondern auch der Sache nach nichts andres zu sein als der karolingische Inquisitionsbeweis („*inquistus, requistus*"), teilweise nach germanischen Rechtsanschauungen formalisiert[2]. Eine weitere Ausführung dieser Andeutungen will ich einer besonderen Abhandlung vorbehalten haben[3].

---

[1] Die Zurückführung der Enquête auf das nordische Institut der Ernannten hat vieles gegen sich. Es fehlt in Norwegen, ist also den skandinavischen Stämmen nicht gemeinsam und muss sich [auf Island und in Dänemark] selbständig und allmählich entwickelt haben.

Das Verfahren weist bei den einzelnen Stämmen wesentliche Verschiedenheiten auf und steht in vielen Punkten im Gegensatz zur normannischen *enqueste*. Die dänische næfnd und die schwedische næmd schwören assertorisch. (Vgl. Michelsen, Genesis der Jury.) Der Eid des isländischen kviðr ist promissorisch. Vgl. Grágás ed. Schlegel I 53 [Finsen Ia 63]. Allein auf Island schwören auch die Zeugen promissorisch (Nialssaga c. 143); es ist also diese Eidesfigur dem kviðr nicht eigentümlich. Hierzu kommt, dass die kviðir in vielen Fällen von der Partei ernannt werden, die richterliche Ernennung also nicht wesentlich ist. Die Ernannten der nordischen Rechte spielen ihre Hauptrolle in Kriminalfällen, während das ursprüngliche Gebiet der Jury der Civilprozess ist. Endlich fehlt den nordischen Institutionen jedes inquisitorische Element, welches sich doch nicht bloss im Worte *enqueste*, sondern namentlich in der ältesten, urkundlich feststehenden Form der englischen Juryprozesse so sehr fühlbar macht. [Vgl. über die der englisch-normannischen Jury analogen Institute der nordischen Rechte von Amira, Abschnitt Recht in Pauls Grundriss der germanischen Philologie II 2, S. 198 f.]

[2] Schon v. Daniels „Wert und Ursprung der Geschworenenanstalt" hat den Versuch gemacht, die *enqueste* auf die karolingische *inquisitio* zurückzuführen. Dieser musste scheitern, weil v. Daniels, sich nur an die Worte, nicht an die Sache haltend, *inquisitio* und Zeugenverfahren vermengt und letzteres unter dem falschen Namen *inquisitio* als den Ausganspunkt der *enqueste* betrachtet.

[3] [Sie ist unter dem Titel: Die Entstehung der Schwurgerichte 1872 erschienen.]

V.

Die Herkunft der Schöffen.

[Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung 1887, VIII 177 ff.]

[177] Ueber wenige Punkte der deutschen Rechtsgeschichte herrscht eine so weitgehende Uebereinstimmung, wie über den fränkischen Ursprung der Schöffen[1], und doch wäre man nach den Grundsätzen strenger und gewissenhafter Methode eigentlich verpflichtet, daran zu zweifeln, denn es ist der Forschung bisher nicht gelungen, sich mit der Thatsache abzufinden, dass die ältesten Fundstellen des Wortes scabinus aus Italien stammten, und zwar aus dem Gebiete des langobardischen Rechtes. Nahe genug lag der Ausweg, die scabini der italienischen Urkunden auf fränkischen Einfluss zurückzuführen. Aber ein bedachtsamer Forscher wie Julius Ficker sieht sich nach Lage der Quellen gezwungen, diesen Ausweg abzulehnen. Da er es andrerseits nicht wagt, den fränkischen scabinus aus Italien herzuleiten, hält er das Wort für einen gemeingermanischen Ausdruck, der schon vor der Unterwerfung des Langobardenreiches bei verschiedenen Völkern zur Bezeichnung richterlicher Personen gebraucht wurde. Nach Hermann, Entwickelung des deutschen Schöffengerichtes, ist der Titel scabinus wahrscheinlich den Langobarden entlehnt. Waitz, dem man wohl überängstliche Vorsicht zum Vorwurf macht, zeigt in dieser Frage, dass er unter Umständen kühn genug sein kann, um trotz entgegenstehender Bedenken das Richtige zu treffen. Wenn auch das Wort scabinus, so bemerkt Waitz, sich vielleicht zuerst in italienischen Urkunden finde, so sei doch kein Zweifel an dessen deutschem Ursprung. Später hafte es fester in den deutschen Gegenden wie
[178] in den romanischen Landen. Etwas unkritisch äussert sich dagegen v. Bethmann-Hollweg: die langobardischen Geschäftsurkunden,

---

[1] Waitz, VG. IV[2] 389. v. Bethmann-Hollweg, Civilprozess V 22. Sohm, Gerichtsverfassung I 389. Hermann, Ueber die Entwickelung des altdeutschen Schöffengerichts in Gierke, Untersuchungen X (1881). Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens III 207. W. Sickel, Die Entstehung des Schöffengerichts, Z. d. Savigny-St. f. RG. germ. Abt. VI 1.

in welchen angeblich Skabinen unterzeichnet seien, wären kein sicherer Beweis für deren Vorkommen in Italien.

Von den italienischen Urkunden, welche als Beweis für das älteste Auftreten der scabini dienten, hat bereits Ficker die sämtlichen der langobardischen Zeit angehörigen Stücke als unerheblich ausgeschieden. Sie sind entweder Fälschungen oder das Wort scabinus war infolge einer falschen Auflösung gelesen worden. Ebenso fällt aus der Reihe der Belegstellen eine Mailänder Urkunde von 777, Muratori, Antiquitates II 1029, welche Bethmann-Hollweg noch berücksichtigt hat. Denn der Codex diplomaticus Langobardiae, der die Urkunde aus dem Autographum abdruckt, liest in dem entscheidenden Passus statt scavinus das Wort loci servator[1].

Einen unverrückbaren Stein des Anstosses bildete aber für die Theorie der fränkischen Herkunft des Schöffentums bisher eine Urkunde aus Pistoja, die zum Jahre 774 eingereiht wird und bei Brunetti, Codice diplomatico Toscano II, 1, p. 213 abgedruckt ist[2]. Diese nach Ficker „ganz unverdächtige“ Urkunde ist es, die ihn veranlasst, sich gegen den fränkischen Ursprung der italienischen scabini auszusprechen, und auf welche Hermann sich hauptsächlich stützt, wenn er annimmt, dass langobardische Kanzleibeamte Karls des Grossen das Wort scabinus in die fränkische Rechtssprache eingeführt hätten. Für diejenigen, welche den spezifisch fränkischen Ursprung der Schöffen verfechten, ist es ein recht schwacher Notbehelf, wenn sie sich jener Urkunde gegenüber mit der Thatsache beruhigen, dass die Schöffen nicht vor Karl dem Grossen, sondern erst nach Beginn seiner Herrschaft auftreten. Denn wenn ein scabinus am 9. Juli 774 zu Pistoja eine Privaturkunde signierte, dürfte er füglich schon vor Karls Herrschaft in Italien existiert haben. Erst im Juni 774 wurde Pavia erobert und Desiderius gefangen. Noch im Juli 774 kehrte Karl nach Franken zurück. Es ist daher geradezu undenkbar, dass Karl noch vor dem 9. Juli in Mittelitalien Schöffen eingesetzt habe. Noch in den nächstfolgenden Jahren lässt sich keine Spur fränkischen Einflusses auf die inneren Einrichtungen Italiens wahrnehmen[3].

[1] Mon. Patr. XIII nr. 56, c. 108. So liest auch Fumagalli, Codice dipl. S. Ambrosiano 59, wie schon Ficker a. O. S. 208, Anm. 6 bemerkte.

[2] Auch bei Lami, Ecclesiae Florentinae Monumenta II 1416 und teilweise in Mon. Germ. LL. IV 660, spec. 5.

[3] Ficker III 207.

Bethmann-Hollweg wünscht eine neue Vergleichung der Urkunde von Pistoja, ein Wunsch, dem Waitz sich anschliesst.
[179] Eine neue Vergleichung ist überflüssig, der Abdruck bei Brunetti völlig genügend, um darzuthun, dass die Urkunde durchaus echt ist und ebenso der scavinus in ihr, dass sie aber von Brunetti und allen, die sich mit ihr beschäftigten, falsch datiert worden ist.

Die von einer Nonne Roteruda ausgestellte Urkunde, eine carta iudicati, beginnt mit der Datierungsklausel:

In Dei omnipotenti nomine regnante dom. Karolus divina favente clementia rex anno regni eius in Italia primo et die nono m. Julius ind. tertia decima feliciter.

Die Rogationsklausel lautet:

et hanc cartulam iudicati seu decreti mei libenti animo meo Hildeprand not. et scabinus scrivere rogavi.

Dann folgt das Eschatocoll:

Actum ad loco Cornio finibus Pist. feliciter . . .

Signum manus Fortiperti filio qd. Forti homo Florentino teste . . .

Signum manus Benedicti filio qd. Gumfridi homo Florentino teste.

Ego Ambrosius not. et scabino ss.

Ego qui supra Hildeprand not. scriptor post traditione conplevi.

Die Titulatur divina favente clementia rex ist für die Zeit Karls des Grossen nicht nur auffallend, sondern geradezu unmöglich[1]. In Italien steht die Datierung der Privaturkunden seit Karl dem Grossen nachweislich unter dem Einfluss der offiziellen Titulaturen. Karl der Grosse hat jene Titulatur niemals gebraucht[2]. Gegen das Jahr 774 spricht auch die indictio 13. Eine aus dem Juli 774 stammende Urkunde müsste die Indictionszahl 12 aufweisen. Bedenklich wäre endlich der in der Zeugenreihe zweimal auftretende homo Florentino, denn in den Urkunden des achten Jahrhunderts ist es noch nicht Sitte, die städtische Herkunft der Zeugen in den Zeugensigna auf solche Weise hervorzuheben.

---

[1] Bluhme will deshalb die Urkunde LL. IV 660 für unecht erklären.

[2] Der Versuch Hermanns, die Urkunde für das Jahr 774 zu retten, ist nicht geglückt; denn er beruft sich zum Beleg dafür, dass Karl d. Gr. mit divina ordinante clementia geurkundet habe, auf eine notorische Fälschung, das berüchtigte praeceptum pro Trutmanno comite, Mühlbacher nr. 294.

Die Urkunde stammt nicht aus der Zeit Karls des Grossen, sondern aus der Zeit Karls des Dicken. Wie Mühlbacher nachwies, ist die Titulatur divina favente clementia rex zuerst in der Kanzlei Karls III. feste Regel geworden. Sie wird auch in den italienischen Privaturkunden für den Königstitel Karls III. gebraucht[1]. Ja, ein italienischer Königskatalog nennt Karl den [180]
Dicken, um ihn von Karl dem Grossen zu unterscheiden, nach dem ständigen Titel, den er in den Urkunden führt, Karolus divina favente clementia[2]. Seine Regierungsjahre werden in Italien vom November 879 ab gezählt[3]. Die im Juli anno primo regni in Italia ausgestellte Carta gehört sonach dem Jahre 880 an, mit welchem auch die indictio XIII übereinstimmt.

Fällt die Urkunde von Pistoja in das Jahr 880, so verschwinden alle Schwierigkeiten, die sie in der Frage nach der Herkunft der Schöffen verursacht hat. Denn dann rückt zur ältesten italienischen Fundstelle des Wortes scabinus ein Pisaner Placitum von 796 auf, Brunetti II, 1, p. 308, Muratori, Antiquitates II 1015 [Hübner nr. 665]. Dass 22 Jahre nach der Eroberung der Schöffenname im Langobardenreiche auftaucht, steht der fränkischen Herkunft der Schöffen nicht im Wege. Das den Langobarden von Hause aus unbekannte Wort scabinus ist im Laufe von zwei Decennien aus dem Frankenreiche nach Italien importiert worden, wie so manche fränkische Rechtsausdrücke, die uns um jene Zeit bereits in den Urkunden Italiens begegnen.

Mit erhöhtem Gewicht fallen nunmehr die Fundstellen in die Wagschale, welche das erste Auftreten der Schöffen in Neustrien und in den fränkischen Stammlanden bezeugen. Den ältesten Beleg bietet die siebente Formel der Bignonschen Formelsammlung, Zeumer S. 230: cum resedisset illo vigarius ... in illo mallo publico una cum ipsis scabinos[4]. Die Sammlung ist wohl noch vor der Eroberung des Langobardenreiches entstanden[5]. Gedachte Formel

---

[1] Mühlbacher, Die Urkunden Karls III, Abdr. aus den Wiener Sitzungsberichten 92, 1879, S. 76. 79, Anm. 7.

[2] Mühlbacher, Regesten S. 640.

[3] Mühlbacher, Urk. Karls III. S. 46.

[4] [Die angeblich älteren Fundstellen sind unecht, so insbesondere Meurisse, Histoire des évêques de Metz S. 111, Mühlbacher nr. 23, auf die sich Viollet, Histoire des institutions politiques I 311, Anm. 3 gegen mich beruft.]

[5] Das lässt sich aus der Aufnahme der Formel 16 schliessen, welche

wurde in die Merkelsche Formelsammlung aufgenommen, und zwar in jenen Teil derselben, der aus den Jahren 774 oder 775 stammt[1]. Sowohl die Bignonsche als die Merkelsche Sammlung haben ihre Heimat in einer Gegend salischen Rechtes. Es folgen dann zunächst ein missatisches Placitum von 780 aus Digne in der Provence, Cartulaire de S. Victor de Marseille I 43, Gallia christ. I 106 [Hübner nr. 112] und eine Urkunde Karls für S. Denis von 781, Mühlbacher, Regesten, nr. 238, worin auf ein älteres im Gau Talou (Torcy? dép. Seine infér. arr. Dieppe) vor dem Grafen und dessen Schöffen erstrittenes Urteil Bezug genommen wird. Auf früher ergangene Schöffenurteile beziehen sich auch Karl der Grosse
[181] für Trier, Mühlbacher nr. 252, jedenfalls zwischen 777 und 791, vermutlich 782 ausgestellt, worin berichtet wird, dass Karl zur Erledigung eines Streitfalles sämtliche 44 Schöffen de ducatu Moslinse vereinigt habe, und ferner Karl der Grosse für Prüm a. 797, Mühlbacher nr. 326, worin ein älteres Schöffenurteil über eine in Anjou gelegene Villa erwähnt wird. Noch dem achten Jahrhundert gehört die auf altsalischem Boden entstandene Lindenbrogsche Formelsammlung an. Sie nennt in f. 19, Zeumer S. 280 und f. 21, Zeumer S. 282 die scabini als Urteiler und bringt in f. 20 den Ausdruck cartola triscabina, der als eine in Gegenwart von drei Schöffen aufgenommene Urkunde erklärt wird. Ungefähr um dieselbe Zeit wie in Italien tauchen die Schöffen in der Bretagne auf, wo sie zuerst durch eine Urkunde von 797, De Courson, Cartulaire de Redon S. 148, nr. 191 [Hübner nr. 137] bezeugt sind.

Kapitularien vom Jahre 803 und aus den folgenden Jahren verwenden den Ausdruck scabini als einen technischen und setzen das Schöffentum als eine organische Einrichtung der fränkischen Gerichtsverfassung voraus. Sie lassen zugleich ersehen, dass die allgemeine Einführung des Schöffentums in Zusammenhang stand mit einer gesetzlichen Regelung der Dingpflicht, welche Karl der Grosse im Interesse der kleinen freien Leute durchgeführt hat. Mehrfach wird auf ein älteres Kapitular Karls des Grossen verwiesen[2]. Das betreffende Reformgesetz ist uns verloren gegangen.

zwar in merowingischer Zeit entstanden sein muss, aber nach der Unterwerfung Italiens völlig bedeutungslos gewesen wäre. Zeumer setzt die Sammlung in die Jahre 769 bis 775.

[1] Zeumer S. 253, nr. 32.

[2] Cap. I 125, c. 16; 210, c. 14; 290, c. 14; 320, c. 2.

In Bezug auf den Ausgangspunkt und die Durchführung der Reformen stimme ich zwar im allgemeinen mit den neueren Darstellungen, insbesondere mit den Ausführungen Sohms in dessen Reichs- und Gerichtsverfassung, überein. Nichtsdestoweniger muss ich auf die Gefahr hin, Bekanntes vorzubringen, hier den ältesten Entwickelungsgang des Schöffentums kurz skizzieren, unter anderm deshalb, weil es sonst nicht möglich wäre, ein Kapitularienfragment, welches uns erst Boretius in seiner neuen Kapitularienausgabe zugänglich gemacht hat, in die richtige Beleuchtung zu stellen.

Nur bei den Franken finden wir eine rechtsgeschichtliche Vorstufe des Schöffentums. Nur bei den Franken ist, soweit wir zurückblicken können, die Findung der Urteile Sache eines Ausschusses der Gerichtsgemeinde, dessen Mitglieder in merowingischer Zeit uns unter dem Namen der Rachineburgen begegnen. Die Bildung des Ausschusses, die Besetzung der Urteilfinderbank war sicherlich Sache des Richters, der dazu die angesehensten und die erfahrensten Genossen der Gerichtsgemeinde auswählte. Es liegt auf der Hand, dass diese Auswahl häufig dieselben Persönlichkeiten
treffen und sich thatsächlich so in manchen Gegenden eine gewisse [182]
Ständigkeit der Urteilfinderfunktion ausbilden konnte. Nichts andres als ständige, und zwar von Rechts wegen ständige Urteilfinder sind die Skabinen. Eine ähnliche Entwickelung, durch welche die Urteilfindung ein ständiges Amt wurde, war schon früher bei den Oberdeutschen und bei den Friesen eingetreten. Ursprünglich war es ein Recht des Richters, ein beliebiges Mitglied der Gerichtsgemeinde oder auch eine Mehrheit von Dingleuten um das Urteil zu fragen. Das thatsächliche Uebergewicht, welches Ansehen, Erfahrung und Rechtskunde gewährten, führte bei einzelnen Stämmen dahin, dass der Richter den Urteilfinder nicht mehr ad hoc auswählte, sondern der Urteilsvorschlag Sache eines ständigen Urteilfinders wurde. Ein solcher ständiger Urteilfinder ist der friesische Asega, der bayerische und alamannische Judex. Bei den Franken war die Entwickelung eine langsamere und insofern eine andre, als das aus einer Mehrheit von Dingleuten bestehende Kollegium der Rachineburgen sich zu einem ständigen Schöffenkollegium umbilden musste. Diese Umbildung mochte sich hie und da ohne das Eingreifen der Gesetzgebung allmählich und fast unmerklich vollziehen. Trifft diese Voraussetzung zu — sie würde es am einfachsten erklären, dass die Ausdrücke rachineburgi

und scabini eine Zeit lang promiscue gebraucht wurden —, so bestand Karls Neuerung, soweit sie die echten Dinge betraf, nur darin, dass er das Schöffeninstitut zu einer allgemeinen und organischen Einrichtung der fränkischen Gerichtsverfassung erhob. Für die gebotenen Dinge kam noch ein Zweites hinzu. Hier hatte die Einführung ständiger Urteilfinder den Zweck, eine von Karl dem Grossen angeordnete Erleichterung der Dingpflicht sicherzustellen.

Von alters her bestand für die Freien die allgemeine Pflicht, die echten Dinge zu besuchen, ausserdem konnten sie von dem Richter beliebig oft zu gebotenen Dingen gebannt werden. Diese zwiefache Dingpflicht wird noch in den Kapitularien aus dem Anfang der Regierung Karls des Grossen als gegeben vorausgesetzt. Ein Kapitular, welches 769 oder bald darnach erlassen wurde, bestimmt: ut ad mallum venire nemo tardet, primum circa aestatem, secundo circa autumnum. Ad alia vero placita, si necessitas fuerit vel denunciatio regis urgeat, vocatus venire nemo tardet[1]. Wie schon Sohm in überzeugender Weise ausgeführt hat, liegt dieses Capitulare noch vor der Gerichtsreform Karls des Grossen. Gleichfalls in den Anfang seiner Regierungszeit gehört eine andre Ver-
[183] ordnung, welche zwar noch auf dem Boden der alten Gerichtsverfassung steht, aber bereits den leitenden Gedanken der später durchgeführten Reformen erkennen lässt. Eine einzige Handschrift überliefert uns unter den Kapitularien Karls des Grossen die Anordnung: et centenarii generalem placitum frequentius non habeant propter pauperes; sed cum illos super quos clamant iniuste patientes et cum maioribus natu et testimoniis necessariis frequenter placitum teneant, ut hi pauperes, qui nullam causam ibidem non habeant, non cogantur venire nisi bis aut ter in anno[2]. Die Schöffen können damals noch keine allgemeine Einrichtung gewesen sein, sonst hätten sie an dieser Stelle statt der maiores natu genannt werden müssen. Als eine radikale Neuerung brauchen wir uns jenes Verbot Karls nicht vorzustellen. Schon vorher mochte es bessere richterliche Praxis gewesen sein, die gebotenen Dinge

[1] Cap. I 46, c. 12. Mühlbacher nr. 136.

[2] Cap. I 214, c. 4. Vgl. Waitz, VG. IV[2] 367, Anm. 4. Die Stelle ist im Cod. Barrois in das Capitulare missorum von 803 eingeschoben (zwischen c. 23 u. 24). Vermutlich war sie zur vermeintlichen Ergänzung oder Erläuterung von c. 20 dieses Kapitulars in eine Vorlage des Cod. Barrois am Rande eingetragen. Zum Cap. von 803 [I 114] gehört sie jedenfalls nicht.

nicht als allgemeine Dinge zu berufen, d. h. nicht alle Gerichtspflichtigen, sondern nur etliche, und zwar die angeseheneren, vorzuladen. Karls Verbot, die pauperes vorzuladen, beliess dem Richter bei der Berufung der gebotenen Dinge noch einen weitgehenden Spielraum. Es lag an ihm, zu bestimmen, wer zu den maiores natu gehöre und wie viele davon erscheinen sollen.

Eine feste Ordnung, die das richterliche Ermessen bei der Besetzung der gebotenen Gerichte völlig beseitigte, brachte die allgemeine Einführung des Schöffentums. Die Reform, welche Karls des Grossen Kapitularien von 803 als vollzogen voraussetzen, schränkte die allgemeine Dingpflicht auf drei jährliche placita generalia ein, während zu den übrigen Dingen ausser Parteien und Zeugen nur die Schöffen[1] zu erscheinen hatten. In den allgemeinen Dingen fungieren die Schöffen als Urteilfinderkolleg neben der Ge- [184]
richtsgemeinde, die das Urteil bevollwortet, in den übrigen sind sie ausschliessliche Urteiler. Das Schöffentum ist ein dauerndes Amt. Die gleichmässige Durchführung der Institution verbürgte eine Anordnung Karls, welche die Ernennung und Absetzung der Schöffen in die Hände der königlichen Missi legte[2].

Es verdient bemerkt zu werden, dass nach der vorausgeschickten Darstellung Karls Reform ohne legislativen Eingriff in

---

[1] Zu den gräflichen Placita auch die vassi comitis. W. Sickel nimmt hinsichtlich der Vollgerichte ein Schwanken der Gesetze während des ersten Jahrzehnts des 9. Jahrh. an. Die einen hätten die Abhaltung von Vollgerichten gänzlich untersagt, andere sie aus Gründen, die wir nicht sicher beurteilen können, wieder eingeführt. Allein die Ausdrucksweise der Kapitularien I 210, c. 14: illa tria placita, quae instituta sunt; I 290, c. 14: de placitis . . . constitutio genitoris nostri pleniter observanda et tenenda est; I 125, c. 16: sicut in alio capitulare praecepimus; I 320, c. 2: sicut in capitulari continetur, schliesst ein Schwanken hinsichtlich der Dingpflicht in den Vollgerichten aus. Eine Wiedereinführung abgeschaffter Vollgerichte kann man gewiss nicht herauslesen. Die Vorschriften, welche Sickel auf ein gänzliches Verbot der Vollgerichte deutet, beziehen sich nur auf die Gerichte, zu denen schon nach älterem Rechte nur der „vocatus“ zu kommen brauchte, also nicht auf die echten Dinge. Die Cap. I 116, c. 20; 148, c. 5; 150, c. 13 nennen auch die testes nicht. Sollte etwa auch die Pflicht der testimonia necessaria, vor Gericht zu kommen, abgeschafft und wieder eingeführt worden sein? Jene Verbote haben augenscheinlich nur den Missbrauch im Auge, der hinsichtlich der gebotenen Dinge bestand, und setzen die Dingpflicht in den tria placita, quae instituta sunt, als ausser Frage stehend voraus.

[2] Hervorgehoben von W. Sickel a. O. S. 75. 85.

das Volksrecht auf dem verfassungsmässigen Wege der Verordnung und Verwaltung durchgeführt werden konnte. War die Besetzung der Urteilfinderbank und die Berufung der gebotenen Dinge früher ein Recht des Richters, so bedurfte es nur einer Anweisung des Königs an die von ihm abhängigen Beamten, die als Richter fungierten, um an Stelle der ad hoc ausgewählten Urteilfinder und der ad hoc einberufenen Dingleute ständige Schöffen zu setzen, ohne dass dabei irgend ein Rechtssatz des Volksrechtes geändert zu werden brauchte [1].

Das Wort scabinus, scabinius ist fränkischer Herkunft. Es stammt von dem altniederdeutschen scapino, scepeno [2]. Mittelniederdeutsch sagte man scepene, scepen. Die althochdeutschen Litteraturdenkmäler und Glossen kennen nur die verschobenen Formen sceffino, scafino, sceffin und daneben die Formen scaphio, scephio, scaffo und skepfel, skefel, skafel. Scabinus konnte nur aus scapino, nicht aus scafino, scaphio oder scefel entstehen. Althochdeutsche Glossen verwenden das Wort scafino noch in einem Sinne, in welchem es der fränkischen Gerichtsverfassung fremd ist. Sie stellen es zu quaestor, concionator, arbiter [3], ein Beweis, dass es nicht auf die Franken beschränkt war, aber bei den Oberdeutschen nicht die technische Bedeutung von scabinus hatte. Schon Jakob Grimm [4] bemerkte, dass Karl der Grosse den Ausdruck scabini schwerlich ersonnen habe. Das Wort mag in den Stammsitzen des arnulfingischen Hauses zur Bezeichnung der Rachineburgen, vielleicht schon ständiger Rachineburgen, üblich gewesen sein, ehe Karl der Grosse ihm seine allgemeine technische Anwendung verschaffte.

[185] Wie manche andre Institution des fränkischen Rechtes ist auch das Schöffentum über das fränkische und fränkisch-romanische

---

[1] [Trotzdem scheint die Neuerung hie und da auf Widerstand gestossen zu sein. Daraus dürfte die Vorschrift in Cap. miss. Theod. II v. J. 805, c. 8, I 123 zu erklären sein: de clamatoribus vel causidicis, qui nec iudicium scabinorum adquiescere nec blasfemare volunt... Siehe H. Brunner, D. RG. II 361, Anm. 43.]

[2] Aus skapjan, schaffen, ordnen, verordnen, bestimmen. Grimm, Rechtsalterthümer S. 775. 768. [Von Amira, Recht in Pauls Grundriss S. 186 konjekturiert ein altfränkisches scapin.]

[3] Graff VI 453. Schmeller II 439.

[4] Rechtsaltertümer S. 775.

Rechtsgebiet hinausgedrungen. Aber zu einer allgemeinen und gleichartigen Institution des ganzen Reiches hat es sich mit nichten aufgeschwungen. Die Gerichtsverfassung des jüngeren Mittelalters darf durchaus nicht mit der Schöffenverfassung identifiziert werden.

Schlechtweg wurde das Schöffentum von den Friesen abgelehnt. Bei ihnen hat sich der heimische Rechtsprecher, der Asega, in der Funktion eines ständigen Urteilfinders erhalten.

In Bayern werden gelegentlich Schöffen erwähnt[1]. Zuerst unter Ludwig dem Frommen, aber nur selten und nur aus Anlass missatischer Gerichte, nämlich in einer Urkunde von 825, Meichelbeck, Trad. Fris. nr. 487, S. 258 und in der vor 840 entstandenen Emmeramer Formelsammlung, Zeumer S. 464, nr. 3[2]. Aeltere Urkunden hat man mit Unrecht als Belegstellen für bayerische Schöffen herangezogen, so Mon. Boi. 28, 2, p. 66, nr. 83, a. 802, ein missatisches Placitum, wo neben dem bayerischen Judex sieben Centenare genannt werden, die man für Schöffen erklärte[3], so Meichelbeck nr. 124 von 807, wo zum Schluss der Urkunde sieben Namen genannt sind, die nicht als die Namen von sieben Schöffen[4], sondern als die Namen von sieben Zeugen aufzufassen sind. In jüngeren

[1] Ueber bayerische Schöffen siehe Merkel, Der Judex im bairischen Volksrecht, Z. f. RG. I 144. Beseler, Der Judex im bairischen Volksrecht, Z. f. RG. IX 255. Luschin v. Ebengreuth, Gesch. d. älteren Gerichtswesens in Oesterreich S. 134 ff. Wenn ich das Durchdringen der Schöffenverfassung in Bayern bezweifle, so stimme ich doch Beseler gegen Merkel darin bei, dass des letzteren Ansicht über den Zusammenhang zwischen dem urteilenden Fürsprech (den er mit dem Anwalt zusammenwirft) und dem altbayerischen Judex durchaus verfehlt ist, dass vielmehr das Amt des letzteren in der ersten Hälfte des neunten Jahrhunderts erlosch.

[2] In f. 9, Zeumer S. 465 werden rachineburgi als Beisitzer im Grafengerichte genannt. Ebenso in f. Aug. Coll. B. 40, Zeumer S. 362.

[3] Chabert, Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder, Denkschriften der Wiener Akademie IV 40.

[4] So Beseler a. O. S. 256. Die Stelle lautet: et haec nomina testium per aurem tracti in conspectu Arnonis et Oadalhardi episcopis et in conspectu Amalricis et Orendil comitibus et ceteris iudicibus — Rihpald, Isi, Hrodmunt, Isunc, Tato, Drudolt, Mezzi. Richpald, Isi u. s. w. sind die angekündigten Zeugen, welche angesichts der Bischöfe, der Grafen und der übrigen iudices nach bayerischer Rechtssitte gezogen worden waren. Judices ist im Sinne von diiudicantes gebraucht, so dass auch die vorsitzenden Richter mit inbegriffen sind. Bei der Beurkundung des Rechtsfalles kam es selbstverständlich mehr auf die Namen der einzelnen Zeugen als auf die der einzelnen Urteiler an.

Quellen begegnet bis in das zwölfte Jahrhundert gelegentlich der Name scabini, ohne dass im einzelnen Falle völlig klar wäre, was damit gemeint ist. Jedenfalls ist in der Zeit der Rechtsbücher
[186] das Schöffengericht der bayerischen und der österreichischen Gerichtsverfassung unbekannt[1].

Auch bei den Alamannen sind aus karolingischer Zeit nur wenige Zeugnisse zu verzeichnen, in welchen Schöffen genannt werden. Zuerst begegnen sie auf rhätischem Boden, nämlich zu Rankweil in einer Urkunde von 807, Wartmann nr. 187 [Hübner nr. 175][2]. Eine angeblich ältere Fundstelle, nämlich ein Passus einer Urkunde von 758, kommt als spätes Machwerk nicht in Betracht[3]. Recht heimisch ist das Schöffengericht in Schwaben, abgesehen von den Stadtgerichten, auch später nicht geworden. Schon Merkel hat darauf hingewiesen, wie der Schwabenspiegel die Stellen, in welchen von Schöffen die Rede ist, nur mit eigentümlichen Vorbehalten und Einschränkungen wiedergibt, aus welchen hervorgeht, dass das Schöffentum in Schwaben ebensowenig wie in Bayern feste Wurzel geschlagen hat[4].

Für Sachsen fehlt es uns aus karolingischer Zeit an Zeugnissen für das Vorkommen der Schöffen. Doch sind sie ohne Zweifel schon vor Auflösung der fränkischen Monarchie in die sächsische Gerichtsverfassung eingedrungen. Denn später sind das sächsische und das fränkische Rechtsgebiet die Hauptsitze des Schöffentums. Doch erscheinen in Sachsen die Schöffen als Urteiler

---

[1] Ueber den Schepf bei Ruprecht von Freising siehe Luschin v. Ebengreuth S. 136.

[2] Der comes Reciarum richtet in diesem Placitum mit missatischer Gewalt.

[3] Schöpflin, Alsatia dipl. I 34, nr. 28 (ex chart. Swarz.). Ruthard und Frau vergaben Grundbesitz ad monasterium (quod dicitur Swarzach) ... cum capitaneis iusticiis hominum (quae vulgo Val dicuntur) de quibus neminem ad easdem curias pertinentem excipimus (ein Privatmann!) nec tamen ipsos (qui dicuntur Schöffele). Die bei Schöpflin eingeklammerten Worte scheint dieser selbst als spätere Zusätze zu bezeichnen. Das Kloster Arnulfsau heisst erst seit dem 9. Jahrh. Schwarzach. Der Passus ist mit und ohne Einschaltungen für das Jahr 758 ganz unmöglich und wäre hier gar nicht erwähnt worden, hätte sich nicht kürzlich Thudichum, Beilage z. Allg. Zeitung v. 18. Juni 1885, nr. 167, darauf berufen. Ueber eine ältere Fälschung des Klosters Schwarzach siehe Rettberg, Kirchengesch. II 83.

[4] Z. f. RG. I 145. Siehe noch Blumer, RG. der Schweiz. Demokratien I 59, II 290 und Thudichum a. O.

nur im echten Ding, wogegen in den gebotenen Dingen noch die gesamte Gerichtsgemeinde thätig ist[1], eine Abweichung von der karolingischen Gerichtsverfassung, die sich am einfachsten daraus erklären dürfte, dass der sächsische Gograf in fränkischer Zeit und darüber hinaus weder ein königlicher noch ein gräflicher Beamter geworden ist, sondern Volksbeamter blieb, dem sein Recht, zum Ding zu bannen, nicht, wie dem fränkischen Centenar, auf dem Verwaltungswege genommen werden konnte. Nur so weit die dem [187] königlichen Grafen eigentümliche Jurisdiktion reichte, hat sich das Schöffentum in Sachsen als allgemeine Einrichtung eingelebt.

In Italien tritt der Name scabinus zwar schon gegen Ende des neunten Jahrhunderts auf. Allein die scabini sind hier zunächst urteilende Richter. Erst im Laufe des neunten Jahrhunderts machte sich in Italien, wie Ficker nachgewiesen hat, die dem langobardischen Rechte fremdartige Unterscheidung zwischen Richtern und Urteilern geltend.

Nach alledem darf behauptet werden, dass das Schöffentum weit davon entfernt blieb, eine allgemeine Einrichtung der deutschen Gerichtsverfassung zu werden. Innerhalb der deutschen Stammesgebiete ist es in der Ausgestaltung, die es von Karl dem Grossen erfuhr, nur bei den Franken vollständig durchgedrungen. Bei den Sachsen ist es im Bereich der gräflichen, bei den Alamannen und Bayern in fränkischer Zeit wahrscheinlich nur im Bereich der missatischen Gerichtsgewalt zur Herrschaft gelangt.

---

[1] Schröder, Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels, Festgabe für Beseler 1885, S. 56.

VI.

Wort und Form im altfranzösischen Prozess.

[Sitzungsberichte der phil.-hist. Klasse der Wiener Akademie 1868, LVII 655 ff. [1]]

Vorwort und Einleitung.

[655] Im französischen Prozessrechte des dreizehnten und teilweise auch des vierzehnten Jahrhunderts herrschte ein Formalismus, welcher an juristischer Durchbildung jenem nicht nachsteht, den das deutsche Gerichtsverfahren der gleichen Entwickelungsstufe aufzuweisen hat. Wie überhaupt die prozessualen Einrichtungen beider Schwesterrechte ein ziemlich gleichartiges Gepräge tragen, so werden zumal die rechtliche Behandlung des vor Gericht gesprochenen Wortes und das Walten der Form in Rede und Handlung der Parteien durch dieselben oder durch verwandte Rechtsregeln bestimmt. Es beruht diese Uebereinstimmung, die sich nicht selten in überraschender Weise bis auf Einzelheiten erstreckt, teils auf der beiden Rechtsgebieten gemeinsamen Grundlage des altdeutschen Prozessrechtes, teils ist sie auf Rechnung gleichartiger Fortbildung zu setzen.

Die Rechtsprinzipien, deren Geltung diese Abhandlung für den altfranzösischen Prozess nachweisen soll, hat Siegel in den zwei Abhandlungen „die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren“ [2] und „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang“ [3] für das deutsche Gerichtsverfahren aus dessen Erkenntnisquellen in erschöpfender Weise herausgearbeitet. Gelingt es, das Vorhandensein derselben aus den nationalen Rechtsdenkmälern Frankreichs [656] klarzustellen, so kommt das Ergebnis nicht bloss der Geschichte

---

[1] [Eine französische Uebersetzung brachte Hequet de Roquemont in der Revue critique de législation et de jurisprudence von Wolowski XXI, 1871. 1872.]

[2] Sitzungsberichte der Wiener Akademie XLII 201 ff.

[3] SB. LI 120 ff. Ich citiere nach den Sonderabdrücken. Neben diesen Abhandl. kommt Nietzsche, De prolocutoribus, Leipz. 1831 als grundlegende und bahnbrechende Vorarbeit in Betracht.

des französischen Rechtes, sondern zum Teil auch der Erkenntnis des altdeutschen Verfahrens, zum Teil der vergleichenden Prozessgeschichte zu statten. Mitunter dürften wohl auch die klaren Aussprüche der sich darbietenden Belegstellen die gleichartigen Erscheinungen des mitteldeutschen Prozesses und deren Entwickelung in helleres Licht setzen.

Was ich altfranzösischen Prozess nenne, fällt in der Hauptsache zusammen mit dem, was andre als das Verfahren der Lehnsgerichte, als Lehnsprozess oder auch als feudalen Rechtsgang bezeichnen [1]. Ich vermeide diese Ausdrücke, weil sie zum mindesten irreführen. Unrichtig ist es, in der französischen Rechtsgeschichte von Lehnsgerichten und Lehnsprozess zu sprechen, und namentlich ein deutscher Rechtshistoriker soll sich von dieser Terminologie ferne halten. Die strenge Scheidung land- und lehnrechtlicher Kompetenz, wie sie in Deutschland eintrat, ist der französischen Rechtsentwickelung fremd geblieben [2] und damit auch der scharfe Gegensatz von Rechtsgang Landrechts und Rechtsgang Lehnrechts. Der Umstand, dass in Frankreich die Lehnsmannen des Gerichtsherrn als Urteilfinder fungierten, weil die Dingfolge eine Lehnspflicht war, berechtigt nicht, den Begriff besonderer Lehnsgerichte und eines besonderen Lehnsprozesses aufzustellen, indem jene in gleicher Weise über land- und lehnrechtliche Fälle zu entscheiden hatten und zwar nach Normen, welche im wesentlichen auch in andern Gerichten, z. B. in den Stadtgerichten zur Anwendung kamen. Will man unter feudalem Prozess das Verfahren jener Zeit verstehen, da das Lehnwesen in der höchsten Blüte stand, so ist einerseits nicht viel gewonnen, weil Blüte kein juristischer Begriff ist, andrerseits gilt es ein naheliegendes Missverständnis durch
die Bemerkung abzuwehren, dass die wichtigsten Grundsätze, welche [657]
den altfranzösischen Prozess beherrschen, wenigstens im Keime

---

[1] So u. a. Stein fast auf jeder Seite seiner „Geschichte des franz. Strafrechts und des Prozesses". In der rechtshistorischen Litteratur Frankreichs diente der Ausdruck féodal nicht selten als allgemeine Auflösungsformel für schwierige Probleme, als das Wort, das sich stets zur rechten Zeit einstellt, wo juristische Begriffe fehlen.

[2] Die cours des barons sind in der Regel ebensowohl Landgerichte als Lehenhöfe gewesen. v. Daniels, Ursprung und Wert der Geschwornenanstalt (Berlin 1848) S. 42, Anm. 1. Vgl. desselben System u. Gesch. d. franz. u. rhein. Civilprozessrechtes I 192.

schon vorhanden waren zu einer Zeit, da das Lehnwesen noch nicht existierte. Darum ist es das beste, das in der französischen Rechtsgeschichte so vielfach missbrauchte Wort feudal hier fallen zu lassen und an Stelle des verwirrenden Stichwortes einen das Wesen der Sache besser bezeichnenden Ausdruck zu setzen.

Am passendsten würde man den altfranzösischen Prozess, mit dem sich diese Untersuchung beschäftigen wird, den formalen Prozess taufen. Um den Titel der Abhandlung nicht unverständlich zu machen, habe ich mir diese Bezeichnung versagt. Denn sie bedürfte allerdings einer näheren Rechtfertigung. Seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts geht der französische Prozess, zumeist im Anschluss an Ludwigs IX. Prozessreformen, einer totalen Umwandlung entgegen. Vergleicht man den reformierten Prozess, wie er als das Ergebnis dieser Entwickelung sich ausbildete, mit dem alten Rechtsgang, so ergibt sich folgendes als der auffallendste Unterschied. An Stelle der formalen Beweismittel sind neue inquisitorischer Natur getreten. Abgesehen davon verschwindet der Formalismus fast vollständig aus dem Strafverfahren, während er im Civilprozess erheblich abgeschwächt oder durch das anders geartete Formenwesen des römisch-kanonistischen Prozesses ersetzt wird. Diese Umgestaltung rechtfertigt es, jenes Verfahren, das von der Neuerung noch nicht berührt worden, in welchem das strenge Recht und der Formalismus noch keine oder doch nur geringe Einbusse erlitten haben, als den formalen Prozess zu bezeichnen.

Nur allmählich ist das formale Gerichtsverfahren aus Frankreich verschwunden. Die königliche Gewalt hatte zu seiner Beseitigung bloss den ersten Anstoss gegeben. Als Ludwig IX. die berühmte Ordonnanz von 1257/8[1] erliess, die den gerichtlichen Zweikampf beseitigen sollte und den inquisitorischen Zeugenbeweis einführte, ergriff die Neuerung zunächst nur die Gerichte der *iurisdictio commissaria,* nicht auch die der *iurisdictio feodalis*[2], das

---

[1] [Ueber die Datierung siehe Tardif, Nouv. Revue historique de droit français et étranger 1887, S. 163 ff. Im übrigen vgl. Viollet, Établissements de Saint Louis I (1881) S. 265 ff.]

[2] Diese Unterscheidung macht und begründet die Somma de legibus consuetudinum Normannie lib. I, cap. 3. Ludewig, Reliquiae Manuscriptorum VII 152. Vergleiche über die französische Gerichtsverfassung den Aufsatz von Anschütz im 5. Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 256 ff. und Brewer, Geschichte der französischen Gerichtsverfassung I 43 ff.

heisst nur jene Gerichte, wo der König seine Gerichtsgewalt durch [658] Beamte im eigentlichen Sinne, durch Baillis und Prévôts ausüben liess. In den lehnrührigen Gerichten dagegen konnte die Massregel nicht ohne weiteres Platz greifen. Wüssten wir nicht aus bestimmten historischen Nachrichten, dass diese durch die Reform nicht unmittelbar betroffen wurden, so würde es sich schon aus den Grundsätzen der auf das Lehnwesen gebauten Gerichtsverfassung ergeben. Die Gerichtsbarkeit bildete als Lehen ein nutzbares, wohlerworbenes Recht, das wie der Grundbesitz, an den es geknüpft war, nach den Bestimmungen des Lehnrechtes behandelt wurde. Diesen gemäss konnte nun aber weder der Lehnsherr noch der Vassall ohne Zustimmung des andern Teils den Inhalt der lehnrechtlichen Befugnisse schmälern. Bei dem vorwiegend nutzbaren Charakter der Jurisdiktion wäre eine Aenderung, wie sie Ludwigs Ordonnanz enthielt, geradezu eine Schmälerung der Lehnseinkünfte gewesen. Uebrigens spricht ja das Rechtsbuch, welches von Ludwigs Verordnungen den Namen führt, ganz bestimmt den Grundsatz aus: *Ne li Rois ne puet mettre ban en la terre au baron sans son assentement, ne li bers puet mettre ban en la terre au vavasor* [1]. Es kam also auf die Zustimmung des Vassallen an, ob er innerhalb seines Lehnsbezirkes den Prozess *selon l'établissement du roi* einführen wollte. Wie weit Einfluss und Macht des Königtums reichten, um dem neuen Verfahren in den lehnrührigen Gerichten durch Zustimmung des Vassallen Eingang zu verschaffen, war *quaestio facti*, nicht *iuris*, duldet also keine prinzipielle Entscheidung.

So erklärt es sich, dass der streng formale und der reformierte Prozess eine Zeitlang neben einander das Feld behaupteten, bevor jener im Kampfe unterlag. Da es im Willen des Gerichtsherrn lag, ob und bei welchen Rechtsfällen die Prozessreform in seinem Gerichte Eingang finden sollte, so waren in dem Rechte derselben Landschaft, häufig sogar desselben Gerichtes die Grundsätze des formalen und des modernen Verfahrens in Geltung. Wie [659] es in der römischen Rechtsgeschichte eine Zeit gibt, wo fast jedem

---

[1] Les Établissements de Saint Louis I, ch. 24, bei Laurière, Ordonnances des rois de France I 107 ff. und bei Du Cange, Hist. de S. Louys par Joinville [Viollet II 36]. Vgl. Odier, Esquisse du droit féodal in der Revue historique de droit français et étranger VIII 401.

Rechtsinstitute des strengen ius civile ein Rechtsinstitut des ius gentium gegenübersteht, so lassen sich in der französischen Rechtsgeschichte des ausgehenden dreizehnten nnd des angehenden vierzehnten Jahrhunderts die parallellaufenden Typen des formalen und des reformierten Prozesses unterscheiden.

Neben dieser Erscheinung ist noch eine andre hier ins Auge zu fassen. Als Ludwig der Heilige in den unmittelbar königlichen Gerichten den Zweikampf abschaffte, da sagte er ausdrücklich: Deshalb sollen die Formen von Klage, Antwort und Contremand und die übrigen heilsamen und rechtlichen Beweismittel, die bisher nach den Gebräuchen der einzelnen Länder üblich waren, mit nichten abgeschafft werden. Nur den Zweikampf wollen wir beseitigt wissen [1]. Demnach ist auch in den königlichen Gerichten das Verfahren nicht mit einem Ruck umgestaltet worden. Neben den modernen Einrichtungen haben sich Reste des formalen Verfahrens erhalten, die freilich mit jenen in schwer zu verhüllendem Gegensatze standen und erst allmählich durch die Praxis und den Neuerungstrieb der königlichen Amtleute beseitigt wurden.

Dieser skizzenhafte Hinweis auf den Gang, den die Entwickelung des französischen Gerichtsverfahrens im allgemeinen genommen hat, erklärt das allmähliche Verschwinden der formalen Rechtssätze, mit welchen es diese Abhandlung zu thun hat. Insoferne enthebt er mich der Aufgabe, die eingetretenen Aenderungen im einzelnen nachzuweisen, einer Aufgabe, die mich über das Gebiet des national-französischen Rechtsganges hinausführen würde, auf das allein es hier abgesehen ist. Wenn ich nichtsdestoweniger die Umgestaltung der alten Grundsätze mitunter hereinziehe, so geschieht es nur, soweit durch die Aenderung auf das, was abgeändert wurde, helleres Licht fällt. Kommt es doch bei Untersuchungen über die Rechtsgeschichte des Mittelalters so häufig vor, dass man von der Geltung eines Rechtssatzes erst durch die Thatsache seiner Aufhebung Kunde erlangt.

Aus der gleichzeitigen Geltung des formalen und des reformierten Prozesses sowie aus der in letzterem vorhandenen Verbindung formaler und moderner Prozesseinrichtungen ergibt sich das
[660] Verhältnis, welches diese Untersuchung zu den Rechtsquellen ein-

[1] Laurière, Ordonnances des rois de France I 86 [Viollet, Etabl. I 488].

zunehmen hat. Sie wird sich auf das Zeugnis von Rechtsbüchern stützen dürfen, in welchen formales und reformiertes Verfahren zugleich behandelt wird. Es können auch Quellen herangezogen werden, aus welchen nur für den Rechtsgang *selon l'établissement du roi* zu schöpfen ist. Dass ich mich manchmal auch auf flandrische und auf anglonormannische Zeugnisse berufe, wird in den einzelnen Fällen besonders gerechtfertigt werden, wo es nicht der Zusammenhang der Darstellung selber rechtfertigt. Unberücksichtigt bleiben die Länder des droit écrit.

Durch einige schwache Fäden hängt der Gegenstand dieser Abhandlung mit einer Frage zusammen, deren Lösung ich am Schlusse meiner Untersuchung über den Zeugen- und Inquisitionsbeweis im deutschen Gerichtsverfahren karolingischer Zeit in Aussicht gestellt habe. Der Versuch, den Zusammenhang zwischen dem fränkischen Inquisitionsbeweise und den Anfängen der Civiljury klarzustellen, macht es notwendig, die Geschichte der französischen *curia regis* und der normannischen *curia ducis* für die Ausbildung des Prozessrechtes ins Auge zu fassen. Soll der Charakter dieser Einrichtungen scharf genug hervortreten, so musste die allgemeine Struktur des altfranzösischen Gerichtsverfahrens (in welches ich hier das normannische einbegreife) näher beleuchtet werden, da gerade hieraus das Bedürfnis nach jenen anders gearteten Bildungen hervorging. Wie für die fränkische Zeit der Inquisitionsbeweis und der Umstand, dass das Königsgericht zugleich als Billigkeitsgerichtshof fungiert, nur durch die formale Gestaltung des ordentlichen Verfahrens erklärt werden konnten, so finden die entsprechenden Erscheinungen im westfränkischen Reiche nur in dem strengen Rechte des formalen Prozesses die Erklärung ihrer Existenz und ihrer geschichtlichen Entwickelung. Insoferne möge man diese Untersuchung als eine Vorarbeit zu jener andern hinnehmen.

Dass eine Spezialforschung über das Thema dieser Abhandlung just nicht überflüssig sei, überzeugten mich die gangbaren Darstellungen des französischen Gerichtsverfahrens, die darüber mit Stillschweigen hinweggehen. Was mir aber zumeist den Mut zur Arbeit gab, war die Beobachtung, dass die neueren Publikationen wichtiger französischer Rechtsquellen in den einschlagenden Fragen von mancherlei Missverständnissen oder doch von einer gewissen Unsicherheit in Erläuterung und Konstruierung des Textes nicht [661]

durchweg freizusprechen sind. In dem Bewusstsein, nach dieser Richtung hin einzelnes aufzuklären, glaube ich andrerseits für etwaige Mängel und Irrtümer auf jene Beurteilung rechnen zu dürfen, die jeder beanspruchen darf, der zuerst in reiches und wenig durchforschtes Detail einen vollen Griff gethan. Was ich biete, soll gleich den Worten des altfranzösischen Vorsprechers nur *par amendement* gesprochen sein, *par amendement* derjenigen, denen das vollständige Material für solche Studien zugänglicher ist als mir dahier im fernen abgeschlossenen Osten. Und wie die Partei, die sich vom Richter die Befreiung von den Gefahren des Rechtsganges ausbedingt, will auch ich wegen etwaiger Verstösse im einzelnen in der Hauptsache selbst nicht verloren haben.

Lemberg, den 20. November 1867.

1. Das Wort.

Nach altfranzösischem Rechtsgang sollen die Dingleute das Urteil nur auf Grund der Worte fällen, welche die Streitteile in ihrer Verhandlung vor Gericht gesprochen haben. *La court ne doit faire esgart ne counissance que des parolles que l'on dit, quant l'on se pouse sur court*[1]. Uebereinstimmend bezeichnen es daher die Quellen als die wichtigste Aufgabe der Urteilfinder, wohl zu achten auf die Worte der Parteien, sie genau im Gedächtnis zu behalten, um darauf hin zu sagen, was Rechtens ist. So erteilt z. B. Pierre de Fontaines den Rat: *Soies ententiz à totes les paroles qu'en dira en cort là où il te covendra jugier*[2]. Ungerecht handle der,

---

[1] La Clef des Assises de la Haute Cour dou Royaume de Jérusalem et de Chypre, Art. 124. Ich citiere die Assises der Haute Cour nach Beugnot, Ass. de Jérusalem ou recueil des ouvrages de jurisprudence composés pendant le XIII. siècle T. I, die der Basse Cour nach Kauslers Ausgabe in Les Livres des assises et des usages de Jérusalem. Letztere ist, wie Warnkönig, Juristische Encyklopädie (1853) S. 253, Anm. 3 mit Recht bemerkt, der des Grafen Beugnot vorzuziehen. Ueber die einzelnen den Assises angehörigen Rechtsbücher siehe Schäffner, Gesch. der Rechtsverfassung Frankreichs III 110 ff. Warnkönig, fr. St. u. RG. II 51 [v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft I[5] 309 ff.].

[2] Le Conseil de Pierre de Fontaines (herausgegeben von Marnier, Paris 1846) ch. XXI § 4. Vgl. Jean d'Ibelin ch. 9 (bei Beugnot, Assises I), wo dieser den Dingleuten ans Herz legt de oyr et de bien retenir les paroles et les poins que les plaideors dient en la cort del plait et jugier le plus dreit

welcher bei der Urteilfindung nur die zuletzt gesprochenen Worte [662] berücksichtigt, ohne dass die Parteien auf das früher Gesagte verzichtet hätten[1]. In der Normandie fordert der Richter die Urteiler bei ihrem Eide und der Treue gegen den Fürsten auf, *quod iustum proferent iudicium de auditis*[2], und die Somma de legibus consuetudinum Normannie nimmt die Rücksichtnahme auf das gesprochene Wort bezeichnenderweise in ihre Definitionen des Urteils und der Urteilfinder auf[3].

Der knappe Anschluss des Urteils an die Reden der Parteien kommt auch in den prozessualen Wendungen zum Ausdrucke, durch welche die Urteilsfällung unmittelbar hervorgerufen wird. Nach dem Rechte der Assises von Jerusalem und Cypern beendigte die Partei jede Rede, wenn anders sie dieser einen praktischen Erfolg sichern wollte, mit den Worten: *et de ce me met ie en l'esgart de la court*[4]. Dementsprechend lautete mitunter das Urteil über den gestellten Antrag der Partei: *qu'il n'ait chose dite par quoi il doie aveir* . .[5]. Im Pariser Parlamente und nach zahlreichen Coutumes wurden die Parteien vom Gerichte stets ausdrücklich befragt, ob sie hören wollen, was nach den beiderseits gesprochenen Worten, *secundum proposita*[6], *selonc lor paroles*[7] Rechtens sei.

---

et le plus leaument qu'il poront ne sauront selonc les paroles que il auront oyes et entendues, — ausserdem Beaumanoir, Les Coutumes du Beauvoisis (éd. Beugnot) ch. VI § 15: Et convient que li home, par qui li jugemens doit estre fes, retienent en lors cuers ce sor quoi il doivent jugier.

[1] De Fontaines XXI, 54 . . sanz ce que les parties ne renonçassent arriers que eles eussent dit en nule manière.

[2] Somma de legibus . . Normannie § 6, I c. 10.

[3] Iudicium . . . est ex propositis in iure ab adversis partibus et responsis sententia a iudiciariis promulgata: § 1, Somma I, 10. — Iudiciarii sunt discrete persone et autentice, qui iudicium proferunt in curia de auditis: § 2 I, c. 10.

[4] Jean d'Ibelin ch. 12. 13 und öfter. Statt se mettre en l'esgart auch poser sur court. Siehe die Stelle oben S. 266 zu Anm. 1.

[5] Jean d'Ibelin ch. 41.

[6] Cum curia peteret a partibus si vellent ius audire utrum secundum proposita . . resaisiendi essent abbas et conventus: Les Olim ou Registres des arrêts rendus par la Cour du roi (herausgegeben von Beugnot in der Collection de documents inédits) I 751, nr. 3, a. 1269. — Tandem petito a curia, si partes vellent audire ius, utrum secundum proposita . . esset reddendus . . Olim I 878, nr. 34, a. 1271.

[7] De Fontaines XXI, 53. 54. Vgl. die sogenannten Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris (éd. Laurière) Art. 35 [éd. Mortet 1883, p. 52, § 37].

[663] Wer nichts weiter vorzubringen hat, antwortet hierauf bejahend und überweist damit sein Wort dem Urteil der Dingleute. Die Quellen nennen dies: *se appodiare ad ius*[1], *s'apuyer*[2], *se fermer*[3] *en jugement*, *se supponere iudicio*, *verba ponere ad iudicium*[4], *couquier les paroles en jugement*[2], *se mettre soubz jugé de moz pladoïez*[5]. Ist dies geschehen[6], so wird die Streitsache *secundum proposita* entschieden und diese Klausel wohl auch in die Urteilsformel aufgenommen[7].

De Fontaines spricht gelegentlich einmal den Satz aus: *Les paroles dites apartienent à la querele*[8]. Die vor Gericht gesprochenen Worte gehören zur Sache, oder sie sind vielmehr die Sache, die daselbst entschieden werden soll. Weder darf das Gericht sie ignorieren, noch könnte dies die Partei bezüglich der Worte des Gegners verlangen. Würde sie daher auf die Frage, ob sie hören wolle, was nach dem Gesagten Rechtens sei, antworten, dass sie die Worte des Gegners dabei ausgenommen wissen wolle, so fiele sie in Defaute und würde sachfällig.

Das gesprochene Wort bleibt Grundlage des Urteils, auch wenn die Urteilfindung nach den Wechselreden der Parteien vertagt wurde, sei es wegen Uneinigkeit der Urteilfinder oder sonst aus irgend einem Grunde. In solchem Falle ist das Urteil zu finden *selonc les paroles que mises furent en la premereine cort*[9].

[664] Ergab sich ein Zweifel oder ein Streit über das, was gesagt

---

[1] Olim I 598, nr. 13, a. 1264.

[2] Beaumanoir V, 7.

[3] Marnier, Cout. de Picardie p. 30. 126.

[4] Olim II 100, nr. 9, a. 1277. Olim I 706, nr. 22, a. 1267.

[5] Le Livre des Droiz et des Commandemens d'office de justice hrsgg. von Beautemps-Beaupré (Paris 1865) § 666. 882.

[6] Ist Jemand der Meinung, dass er noch etwas anzuführen bemüssigt und berechtigt sei, so verneint er die Frage, weil er sonst nicht mehr damit gehört würde. Vgl. Olim I 849, nr. 31, a. 1270; I 880, nr. 36, a. 1271.

[7] Dass dies die Regel war, wage ich nicht zu behaupten. In den Arrêts der Olim findet sich die Klausel secundum proposita nicht selten. Vgl. u. a. das Urteil bei Delisle, Recueil de Jugements de l'échiquier de Normandie (aus den Notices et Extraits, T. XX p. II) S. 36, nr. 137: De verbis, que ex utraque parte audierant, iudicaverunt quod . .

[8] De Font. XXI, 53.

[9] De Font. XXI, 18. — Super illis, que fuerunt proposita a partibus, quando primo se suppo(suerunt) iudicio: Urteil für Touraine in Olim II 100, nr. 9, a. 1277. Vgl. Établissements de Saint Louis I ch. 105.

worden, so stellte man es durch den Record der Dingleute fest, eine Einrichtung, die uns hier insofern des näheren berührt, als es gilt, den prozessualen Organismus zur Fixierung des Wortes kennen zu lernen. Der Record, das Gerichtszeugnis, war unanfechtbar, auch dort, wo sowohl die Schelte des Privatzeugnisses als auch des Urteils gestattet war. *Ne contre recort ne puet en riens fère*[1]. Er zeichnet sich dadurch wesentlich vor den übrigen prozessualen Akten aus, von denen so ziemlich jeder neuen Streit aus sich erzeugen konnte. Eide der Partei und der Zeugen durften gescholten werden. Gegen eine prozessleitende Verfügung des Richters konnte man sich auf ein Urteil der Dingleute berufen und gegen das Urteil eine Zweikampfklage wegen ungerechten Spruches anbringen. So bildete denn der Record das einzige feste und sichere Element des Prozesses, welches für das Weiterschreiten der Verhandlung eine unverrückbare Stufe abgab. Seine Unumstösslichkeit war ein Bedürfnis; man durfte ihn nicht der Schelte und hiermit sein Ergebnis dem Ordal des Zweikampfes aussetzen, sollte der Prozess sich nicht

[1] De Font. XXI, 35. Stein a. O. S. 231. Vgl. noch Li Usages de le cité d'Amiens Art. 74: nus puist dire ne faire riens encontre ne à loi de bataille venir (bei Thierry, Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état I, pièces relatives à l'hist. de la ville d'Amiens p. 146, in der Coll. de doc. inéd.). — Das Recht des Orients unterscheidet zwar scharf zwischen Ding- und Privatzeugnis (vgl. die ausführliche Auseinandersetzung über den Gegensatz von record und garentie bei Jean d'Ibelin ch. 56, Beugnot, Ass. I 89 ff.), macht aber bezüglich der Anfechtbarkeit keinen Unterschied zwischen record und esgard, ohne übrigens deshalb die im Texte aufgestellte Regel umzustossen. Nach den Assises der Basse Court: iudicis testimonium ... rei iudicatae vice fungitur in iudicio (Kausler ch. 138). Allein die Urteilsschelte ist verboten, demnach auch die des Records. Nach dem Recht der Haute Court musste das Gericht sowohl wegen Records als auch wegen des Urteils in seiner Gesamtheit gescholten werden. Infolgedessen waren beide faktisch unumstösslich, denn der Scheltende hätte alle Dingmänner an einem Tage im Zweikampf besiegen müssen, und Jean d'Ibelin gesteht selbst, dass die Scheltungsklage nur durch ein Wunder glücklich durchgeführt werden könnte, Jean d'Ibelin ch. 56. 110. Vgl. Laferrière, Histoire du droit français IV 530. Nach anglonorm. Recht hatte in der Regel nur die curia regis das Recht des Records und licet non teneatur curia aliqua recordum suum per duellum, tenetur tamen iudicium suum tueri per duellum. Glanvilla, Tractatus de legg. Angliae VIII, 8, § 5 bei Phillips, Engl. RG. II. Vgl. Sachsse, Beweisv. S. 170 ff. Faustin Hélie, Hist. et théorie de la Procédure criminelle S. 340 ff. [H. Brunner, Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde in den Festgaben für Heffter 1873, S. 149 ff.].

[665] endlos hinschleppen im buchstäblichen Sinne des Wortes. Eine streitsüchtige Partei hätte das bereits errungene Resultat des Prozesses jederzeit beliebig können in Frage stellen, hätte es nicht ein Mittel gegeben, das gesprochene Wort als Grundlage des Urteils gegen nachträgliche Entstellung oder Ableugnung sicherzustellen[1].

Ein Fehlgriff in der Urteilfindung konnte durch die Partei, die sich verletzt fühlte, im Wege der Schelte unschädlich gemacht werden. Dem Record gegenüber war sie wehrlos. *Ne contre recort ne puet en riens fère.* Die Dingleute haben das Dingzeugnis nur vor ihrem Gewissen zu verantworten, sie recordieren *sor le péril de lor ames*[2]. Da sie den Ausspruch, den sie einmal gethan, nicht mehr zurücknehmen konnten — er erwuchs sofort zum Rechte der Partei, zu deren Gunsten er lautete[3] —, so war ein Irrtum im Record unheilbar. Abgesehen von Aufmerksamkeit und Gedächtnisstärke bedurfte es einiger Vertrautheit mit den Förmlichkeiten und Feinheiten des Rechtsganges, um richtig zu recordieren, denn leicht konnte man, Unwesentliches festhaltend, Wesentliches überhören. Die sogenannte *Très ancienne Coustume de Bretaigne*[4] erklärt es daher als dringende Pflicht des Richters, nicht etwa *gens de basse condition*, welche in den Bräuchen und Rechten des Landes unbewandert sind, zum Dingzeugnis zu verwenden. Denn *une con-*

---

[1] Eine feine juristische Begründung der Unanfechtbarkeit des Records gibt Beaumanoir LXIII § 19, indem er sie aus einer Vorschrift über die Förmlichkeiten der Urteilsschelte ableitet. Wer das Urteil schelten will, hat dies sofort zu thun ohne Verzug, sonst ist das Recht der Schelte verloren. Würde nun auch der Record scheltbar sein, so könnte jemand, der die Urteilsschelte versäumt hat, hinterher, lonc tans après le jugement fet, behaupten, das Urteil habe anders — in einer ihm günstigen Weise gelautet. Der Wortlaut des Urteils müsste durch Record festgestellt werden. Die Partei hätte es dann in ihrer Hand, durch Scheltung des Records ihre Säumnis quitt zu machen, ainsi aroit il recovré par bareteuse voie ce qu'il aroit perdu par lessier le jugement passer contre li. Die Vorschrift sofortiger Urteilsschelte wäre dann illusorisch. Schelte des Records über das Urteil würde denselben Zweck erreichen, den man durch die versäumte Urteilsschelte hätte erreichen können. Et por ce noz est il avis que en coze qui se pot prover par recort ne doit avoir nul gage (de bataille).

[2] De Font. XXI, 18.

[3] Vgl. Beaumanoir LXVII, 29.

[4] Nicht eine schlichte Rechtsaufzeichnung, sondern schriftstellerische Privatarbeit des 14. Jahrhunderts. Abgedruckt bei Bourdot de Richebourg, Nouveau Coutumier général IV 199 ff.

jonction peut porter une cause de cent livres de rente comme de trois [666] *deniers et aussi une disjonction*[1]. Und derartige Leute bezeugen *aussi-tost le faux comme le droit, tout cuidassent-ils bien recorder.* Aus diesem Grunde seien *gentilshommes* zum Dingzeugnis aufzurufen[2].

Der Grundsatz, dass das Gericht sich nur an das halten dürfe, was die Parteien vorgebracht, dass es *secundum allegata* entscheiden müsse, ist ein Ausfluss des sogenannten Verhandlungsprinzips. Dass dieses den altfranzösischen Rechtsgang beherrscht habe, geht aus den angeführten Aussprüchen der Quellen bereits zur Genüge hervor, und nur etwa die Thatsache verdient noch besondere Erwähnung, dass der ordentliche Strafprozess sich in dieser Beziehung vom Civilprozesse nach älterem Rechte nicht unterschieden hat. Allein die Quellen wollen durch die Betonung des gesprochenen Wortes offenbar mehr sagen, als dass etwa die Urteilfinder die aussergerichtlich erlangte Kenntnis der Streitsache ihrer Entscheidung nicht zu Grunde legen dürfen. Mit der Verhandlungsmaxime an sich wäre es nicht unvereinbar, dass das Gericht bei Auslegung der von den Parteien gesprochenen Worte einen gewissen Spielraum hätte, dass ihm gestattet wäre, auf den inneren Zusammenhang der Rede und auf die Natur des Streitfalles Rücksicht zu nehmen. Wort und Gedanke sind ja niemals kongruent, und das Gericht könnte daher immerhin ohne Gefährdung jenes Prinzips sich an das halten, was nach den Regeln einer freien Interpretation als der Gedanke erscheint, den die Partei durch ihre Worte zum Ausdruck bringen wollte. Eine derartige Ergänzung des gesprochenen Wortes war nach altfranzösischem Rechtsgang den Dingleuten nicht erlaubt[3]. Sie urteilten strikte nach dem Wort-

[1] Anspielung auf die Verwechslung von ou und et, die, wie sich weiter unten ergeben wird, auch anderwärts in der Praxis eine Rolle spielte.

[2] A. O. ch. 157, B. d. R. IV 235.

[3] Daran darf uns der romanisierende De Fontaines nicht irre machen, wenn er in § 1 des 12. Kapitels, das die Ueberschrift trägt: que li juges accomplisse ce qui défaut as amparliers, sich in seiner Weise mit L. un. Cod. Ut quae desunt advoc. II 11 abzufinden sucht. Wie aus dem Kontext der Stelle hervorgeht, beschränkt sich dieses accomplir darauf, dass das Gericht bei der Urteilfindung auch Rechtssätze in Anschlag bringen dürfe, auf welche die Parteien sich nicht bezogen haben. — Auf denselben Standpunkt stellt sich mit Bezug auf das fremde Recht Bouteiller, der Definitor des droit haineux in seiner Somme rurale fol. 161, col. 1. D' advocat laisser dire par oubliance oucune chose. (Ich benutzte einen Druck von 1587.)

[667] laut der Parteirede; für sie galt nur das, was gesagt war, nicht aber das, was die Partei sagen wollte und vernünftigerweise auch nur zu sagen die Absicht haben konnte. Das Wort entscheidet und nicht der Sinn oder, wie gelegentlich Beaumanoir[1] den Grundsatz der Buchstabeninterpretation ausdrückt: *On juge selonc ce qui est dit, non pas selonc les ententions.*

2. Die Form.

Unter den Worten, welche die Parteien vor Gericht sprechen, sind die schlichten oder ungebundenen und die formellen oder gebundenen Worte zu unterscheiden, je nachdem der Redner sich in freier Konzeption ergehen darf oder bestimmte herkömmliche Schlagworte und Formeln zu beobachten hat. Bei jenen steht die Partei unter der Herrschaft der Wortinterpretation, bei diesen unter dem rechtlichen Zwange der Form, der sich bei gewissen Akten des Prozesses dahin steigert, dass die formellen Worte von formellen Handlungen begleitet werden müssen.

Es ist bekanntlich ein tief im germanischen Geiste begründeter Zug, das Rechtsleben förmlich zu gestalten, den abstrakten Gedanken zu symbolisieren oder doch zu versinnlichen. Wenn auch die spezifisch französische Rechtsentwickelung aus nahe liegenden Gründen in dieser Richtung nur in geringem Grade schöpferisch thätig war, so hielt sie doch an dem historisch überlieferten Formenvorrat mit Zähigkeit fest. Was poetischer Formensinn erzeugt, hat nicht selten das sehr prosaische Interesse der Gerichtsherren an den Bussen, die bei Formverstössen abfielen, bis in die Zeiten bewahrt, da bereits das fremde Recht den einheimischen Prozess teilweise verdrängt hatte. Uebrigens war — hiervon ganz abgesehen — die Anwendung von Formen im altfranzösischen Rechtsgang schon aus inneren Gründen geboten.

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“, einer von Iherings tiefen Gedanken[2], der auch in der Geschichte des französischen Prozesses
[668] seine Bestätigung findet. So lange die Gerichtsgewalt, obwohl an sich stark konstruiert, bezüglich des Umfanges ihrer Wirksamkeit

---

[1] XLIV, 47.

[2] Ihering, Geist des römischen Rechts IIb 497.

an feste und enge Grenzen gewiesen war, hat sich vor Gericht die Herrschaft der Form in vollem Masse fühlbar gemacht. Als seit dem dreizehnten Jahrhundert die Gewalt des Königs und seiner Beamten sich vergrössert, verliert die Form allmählich ihr Gewicht und senkt sich die Wagschale der richterlichen Autorität. Je mehr jene beseitigt wird, desto mehr artet diese in willkürliche[1] Polizeigewalt aus.

Vor richterlicher Bevormundung waren im altfranzösischen Prozess die Parteien in ausgiebigster Weise geschützt. Es hing vollständig von ihnen ab, wie sich der Gang der Verhandlung im einzelnen gestaltete. Nur auf ihr jedesmaliges Verlangen hin wurde das Gericht thätig. Von Urteil zu Urteil schritt der Prozess vorwärts, deren jedes durch die Aufforderung der Parteien hervorgerufen wurde. Selbst das Beweisverfahren lag zumeist in den Händen der Streitteile und war einer sachlichen Prüfung des Gerichts so gut wie vollständig entrückt.

Wo die prozessführenden Parteien so sehr auf ihre eigene Thätigkeit angewiesen waren, musste der Zwang der Form das Verfahren im Geleise halten. Wie überhaupt im Rechtsleben erscheint sie auch im Prozess gewissermassen als ein Damm, an welchem der Wille der rechtsuchenden Parteien sich staut, vor dem er sich kräftigen, abklären und seiner Tragweite bewusst werden muss, ehe er zu rechtlich gültigem Ausdruck gelangen kann[2].

Ein wesentliches Moment zur Erklärung des Formenwesens ist für das germanische Recht und dessen Tochterrechte der objektive Charakter des Urteils. In sich fertig und äusserlich abgeschlossen bieten sich den Dingleuten die Reden und Handlungen der vor Gericht auftretenden Personen zur Beurteilung dar. Jenen liegt nichts ferner, als sich in das Innere derselben zu versenken und aus dem, was sie in deren Seele gelesen, durch subjektive Geistesthätigkeit sich ein Bild der wahren Sachlage, ein materielles Substrat des Urteils zu schaffen, etwa wie der römische Judex *ex sententia animi sui* zu entscheiden. Die notwendige Folge hiervon ist, dass sie gezwungen sind, sich streng an die äusserliche Er- [669]
scheinung zu halten. Dieses Haften am Aeusserlichen bildet den

[1] Vgl. v. Daniels, Ursprung und Wert der Geschwornenanstalt, Berlin 1848, S. 75 ff.

[2] Ihering a. O. S. 519 ff. Vgl. Bordeaux, Philosophie de la Procédure civile S. 341 ff.

Grundzug des ganzen Prozesses; selbst das Beweisverfahren liefert dem Gerichte ein schon fertiges und abgeschlossenes Ergebnis. Hiermit haben wir aber einen Gesichtspunkt gewonnen, der uns nicht bloss in die Werkstätte des Formenwesens, sondern auch in die der Wortinterpretation blicken lässt. Beide sind ja im Grunde genommen nur zwei verschiedene Erscheinungsarten eines sie umfassenden Prinzips, des Formalismus im weiteren Sinne des Wortes. Er erscheint als Wortinterpretation, wo es im Belieben des Redners steht, mit Rücksicht auf die allgemein anerkannte Bedeutung der Worte, die Form zu gestalten, in welcher er seinen Gedanken zum Ausdruck bringen will. Potenziert äussert er sich als Formalismus im engeren Sinne, wenn das Recht einen prozessualen Gedanken in eine bestimmte Form gebannt hat, so dass er ohne deren Beachtung sich nicht rechtsgültig manifestieren kann. Hier wie dort hält man sich an die Form, nicht an den individuellen Gedanken, nur dass bei der Wortinterpretation die Formen, wie sie der Sprachgeist des gesamten Volkes dem Gedanken erfand, in Frage kommen, während es sich hier um die durch das Recht geschaffene Form, die spröde, flexionslose Sprache des Rechtes handelt. In beiden Fällen steht der Einzelne unter dem Zwange der Gesamtheit, die eine von der ihrigen verschiedene Formgestaltung rücksichtslos ignoriert.

Es lässt sich nicht leugnen, dass die Entwickelung des altfranzösischen Prozesses über das juristische Bedürfnis des Formalismus mitunter weit hinausgegangen ist. Mit besonderer Vorliebe warf sich die Jurisprudenz auf die Ausbildung gerade dieser Seite des Rechtes. Die praktische Behandlung solcher Materien sicherte hauptsächlich den Rechtsbüchern jener Zeit ihre Verbreitung und Anwendung. Mit haarspaltender Logik suchte man aus den vorhandenen Formvorschriften die spitzfindigsten Konsequenzen zu ziehen und verlor über dem Kultus der Form ihren ursprünglichen Zweck aus den Augen. Das Rittertum der durch die Kreuzzüge geschaffenen Staatenbildungen des Orients hat hierin das Höchste geleistet. Die Kreuzritter waren die eifrigsten Silbenstecher. Nicht viel standen ihnen die Normannen nach, die den Kultus der Form und die Schikanen des Rechtsgangs nach England brachten und in Frankreich lange Zeit hindurch den Ruhm der ersten Rabulisten genossen. Doch ist auch in den eigentlich französischen Landes-
[670] rechten das Formenwesen vielfach zu künstlicher Bedeutung hinauf-

geschraubt, und der Umstand, dass der deutsche Prozess dieser Zeit an ähnlicher Ueberwucherung krankte, lässt darauf schliessen, dass wir es mit einer allgemeinen Erscheinung dieser Kulturepoche zu thun haben, fast möchte man sagen, mit dem Scholasticismus in der Rechtsbildung.

Der Nachteil einer übermässigen Anwendung des Formenwesens liegt in der Gefahr begründet, die das Dasein von Formvorschriften an sich für den Rechtsgang hervorbringt. Die Wirkung der Form (im jurist. Sinne des Wortes) besteht nämlich im allgemeinen darin, dass ihre Ausserachtlassung rechtlich nachteilige Folgen mit sich führt. Nimmt die Partei eine prozessuale Handlung vor, für die das Recht eine bestimmte Form feststellt, so erreicht sie, wenn sie die Form verletzt, die Absicht nicht, welche sie erreichen wollte. Die betreffende Rede oder Handlung ist für sie eine wirkungslose. Man könnte sagen, eine ungültige, wenn man dabei nur das Ziel ins Auge fasst, das die Partei sich gesteckt hatte. Der fehlerhafte Akt wird aber, was sein Verhältnis zum weiteren Fortgang des Prozesses betrifft, durchaus nicht etwa als ungeschehen betrachtet. Was die Partei wider die Form gethan, gilt nicht als ungethan, denn sie kann nach strengem Rechte den begangenen Fehler nicht etwa dadurch gut machen, dass sie den Akt wiederholt. Das französische Recht drückt diesen Gedanken durch das Sprichwort aus: *Fautes valent exploits*[1]. *Exploit* oder *esplet* bedeutet hier so viel wie *errement*, den prozessualen Akt. Das Urteil wird gefällt *selonc les erremens*. Jede Partei hat vor Gericht einen rechtlichen Anspruch auf die ihr als Kläger oder Beklagtem zustehenden gerichtlichen Schritte. Hat sie bei einem derselben wider die Form gefehlt, so kann sie die Handlung nicht wiederholen. Das betreffende Exploit steht ihr nicht mehr offen,

---

[1] Siehe Leroux de Lincy, Le Livre des Proverbes français II 343 und Loysel, Institutes coutumières, herausgeg. von Dupin und Laboulaye, Paris 1846, II 111 (L. V. tit. 1, nr. 8). Die Auslegung dieses Sprichwortes ist streitig. Laurière und Davot knüpfen meines Erachtens an eine hier nicht anwendbare Bedeutung von exploit an. Der erste versteht die Vorladung, der zweite die gegen den Ausbleibenden verhängte Verurtheilung darunter. (Siehe Loysel a. O.) Der hier gegebene Erklärungsversuch ist neu. Die Bedeutung von exploit als errement wird in den Quellen vielfach bezeugt. Vgl. Dupin et Laboulaye, Glossaire de l'ancien droit fr. S. 56: exploit, expletum = acte judiciaire; Ragueau-Laurière, Gloss. du droit fr. S. 448.

[671] und das Verfahren nimmt mit Rücksicht darauf seinen weiteren Verlauf. Die fehlerhafte Handlung absorbiert im Prozesse das Recht auf die betreffende Handlung. Wenn jemand eine Klage anbringt, die wider die Form verstösst, so wird das nicht so angesehen, als hätte er nicht geklagt, sondern das Klagrecht ist erloschen. Wer formwidrig antwortet, gilt als *non defensus* und wird verurteilt. Wer einen Beweis erbringen soll, bei dessen Durchführung ein Formfehler unterläuft, ist für immer mit dem Beweise gefallen und hat ausserdem an das Gericht eine Busse verwirkt, wie derjenige, der aus sachlichen Gründen beweisfällig geworden. Eine fehlerhafte Urteilschelte benimmt das Recht, das Urteil ferner anzufechten, und hat gleichfalls eine Busse zur Folge. Es war bereits eine Milderung des strengen Rechtes und eine Auflockerung des Grundsatzes *fautes valent exploits*, wenn man nur die Nebenwirkung aufrecht erhielt und gegen die Zahlung einer Busse ein neues Exploit, eine Wiederholung des verfehlten Aktes, gestattete. Nach älterem Rechte hatte der Formverstoss in einer wesentlichen Parteihandlung nur die Wirkung, welche ihm die Sammlung der Freiheiten von Lille beilegt, indem sie gelegentlich der Eidesformalien sagt: . . *à le loy et al usage de cheste ville en plaidiant on piert et waigne par entrepresure*[1]. Wer gegen die Form fehlt, verliert, sein Gegner siegt[2].

Gewisse Formvorschriften sind negativer Natur und haben den Zweck, Ruhe und Ordnung vor Gericht zu wahren und das notwendige Ineinandergreifen der einzelnen prozessualen Akte möglich zu machen. Verstösse in dieser Richtung werden nur dem Gerichte gegenüber durch eine Busse gesühnt.

3. Die Unwandelbarkeit des Wortes.

Im deutschen Rechtsgange galt der Satz: Ein Mann ein Wort. Wie Siegel vor kurzem dargethan, bedeutete diese Rechtsparömie, dass das vor Gericht gesprochene Wort nicht widerrufen werden konnte. „Der Grund der Unwiderruflichkeit und Unwandelbarkeit

[1] Roisin, Franchises, Lois et Coutumes de la ville de Lille S. 32, nr. 2, herausgegeben von Brun-Lavainne, Lille 1842.

[2] [Vgl. Statuta Walliae 12 Edw. I c. 8, wo es aus Anlass einer Milderung des strengen Formalismus heisst: non observata illa dura consuetudine, qui cadat a sillaba, cadat a tota causa.]

einer Erklärung lag in der Unverträglichkeit mit der Würde und Festigkeit, welche das Volk von einem Manne verlangte." [1] Derselbe Grundsatz beherrschte den französischen Prozess. In Frank- [672] reich hat ihn der Volksmund zugleich mit seinem Motive in das Sprichwort gefasst: *Un homme d'honneur n'a que sa parole.* Das Wort war unabänderlich. War es einmal dem Munde entschlüpft, so war der Sprecher daran gebunden und mochte er tausend Gründe haben, das Gesagte hinterher zu bereuen. In allen ihren Konsequenzen galten vor Gericht die sinnigen Sprichwörter:

Parole une fois volée
Ne peut plus estre rapelée [2]

und *Puis que la parolle est issue du corps, elle n'y puet jamais entrer* [3].

Wer demnach „*en fache de juge et en court revestue d'ommes*" [4] zu seinen Ungunsten sich versprach oder missesprach, *mesdire* [5], *mesparler* [6], *mesprendre* [7], *entreprendre au dire* [8], *maldire, maudire* [9], im Worte fehlte, *défaillir de sa parole* [10], *faillir* [11], *faillir à sa parole* [12], eine unkluge und voreilige Erklärung abgab, *dire nicement* [13], *volagement* [14], konnte das Gesagte nicht widerrufen, nicht verbessern, nichts

---

[1] Die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren S. 4.

[2] Le Roman de la Rose par Guillaume de Lorris et Jean de Meun (Amsterdam 1735) v. 17416. Vgl. Leroux de Lincy II 279.

[3] Prov. Gall. bei Leroux de Lincy II 286.

[4] Ancien Coutumier inédit de Picardie, herausgegeben von Marnier (Paris 1840), S. 27 ch. 28.

[5] Li Usage de Borgoigne ch. 2, herausgegeben von Marnier unter dem Titel Ancien Coutumier de Bourgogne, Paris 1858.

[6] De Fontaines XI, 8 und öfter.

[7] Jean d'Ibelin ch. 28.

[8] Roisin, Franchises de Lille S. 32, nr. 2; S. 33, nr. 8.

[9] Jean d'Ibelin ch. 26. Le Roman du Renart ed. Méon v. 14800 ff.: Seignor, fet il, or m'entendez — Si je dis mal, si m'amendez.

[10] Usage de Borg. ch. 2.

[11] Rom. du Renart v. 8879 ff.: Seignors, fet il, or m'entendez. Et se je fail, si m'amendez.

[12] Abrégé du Livre des Ass. de la Cour des Bourg. p. II ch. 26, Beugnot II 336 ff.

[13] Chronique de Bertrand du Guesclin v. 20914 (in der Collection de docum.); vgl. Beaumanoir LXI, 51; LXIV, 3 und Chabaille, Glossaire zu Rapettis Ausgabe von Li Livres de Jostice et de Plet (in der Collection).

[14] Anc. Cout. de Pic. (Marnier) S. 27, ch. 28; S. 123, ch. 10.

[673] ergänzen, nichts hinwegnehmen, *torner la parole arieres* [1], *rapeler* [2], *ressortir*, *reuser* [3], *desdire* [4], *contredire* [5], *se desadvoer*, *amender* [6], *metre amendement* [7], *adjouster* [8], *ne metre ne oster* [9]. Der Gegner und in gewissen Fällen der Richter konnten ihn beim Worte nehmen und die fehlerhafte Erklärung, das *mesditum* [10], *maleloquium*, *stultiloquium* [11], *mesdit* [12], *maldit* [13], *mesparlers* [14], *mislocutio* [15], *la parole nice et fole* [16] zu ihrem Vorteil geltend machen.

Die Norm des deutschen Rechtes: „Wat en selve sprikt vor gerichte dat van dem richtere unde dinglüden behort ist, dat ne mach he nicht weder spreken“ [17] wird in den Quellen des altfranzösischen Rechtes in ähnlicher Fassung aufgestellt.

Jean d'Ibelin ch. 11: *Qui dit sa parole en court, se il i faut ou mesprent, il n'i peut amender.* ch. 27: *Qui dit parole por sei en court, il ne le puet puis desdire ne neer.*

Cour des Bourg. ch. 133: . . *se celuy, de cui est li plais, diseit parole, qui li deust torner a damage, il ne la peut*

---

1 Ass. de la Cour des Bourg. Kausler, Art. 133.

2 De Fontaines XI, 8 und öfter.

3 Crestien von Troies: Li Romans dou Chevalier au lyon (herausgegeben von Holland), v. 3678.

4 Jean d'Ibelin, ch. 27. Olim II 771.

5 Grand Cout. de Norm. ch. 64, bei Bourdot de Richebourg, Cout. génér. IV 27.

6 und 7 Belege unten im Abschnitt vom amendement de la parole.

8 Anciennes Constitutions du Châtelet, Art. 35 [37].

9 Beaumanoir V, 7.

10 Grands Rôles des échiquiers de Normandie 2, col. 1 in den Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie 2. Serie, 5. Band.

11 Delisle, Rec. de jug. de l'éch. de Norm. S. 31, nr. 116; Grands Rôles l. c. 7, col. 2 und öfter.

12 De Fontaines in der Ueberschrift von Kapitel XI.

13 De Fontaines XI, 9. Maudit bei Du Cange, Gl. VII 228 zu eng definiert als: ce qui est avancé mal à propos par un avocat dans la défense d'une cause.

14 De Fontaines XI, 8.

15 Leges Henrici c. 22, Schmid, Ges. der Ags. S. 447. Der angelsächsische Ausdruck ist Miskenninge. Ch. Stephans in Statutes of the Realm I 3 und Du Cange, Gl. IV 432 [Miskenninghe, inconstanter loqui in curia vel invariare, change de parole u mesparler en plait in den nominum interpretationes bei Stubbs, Roger de Hoveden II 242].

16 Vgl. Li Rom. dou Chev. au lyon v. 6389.

17 Siegel, Erholung S. 1.

torner arieres, puisquil l'a dit, se celuy veut o cui il plaidie, por ce que il o ses conceaus l'ait entendue.

De Font. XII, 8: (*Li Sires*) *ne puet riens amender en son dit*[1].

Beaumanoir V, 9: *Quant il dit aucunne coze qui li est contraire, il n'i pot metre amendement.* [674]

Jean Desmares, Décisions § 412: *Cil qui parle de sa querelle, ne se puet pas desadvoer.*

Für andre Landesrechte stehen gleichfalls teils indirekte, teils direkte Belege der Geltung dieses Grundsatzes zu Gebot, die aber erst unten im Zusammenhange mit der Lehre von den Vorsprechern zur Behandlung kommen können.

Die Unwandelbarkeit des vor Gericht gesprochenen Wortes spielte im altfranzösischen Rechtsleben eine Rolle, deren Bedeutung nicht leicht überschätzt werden kann. Nicht nur die Rechtsbücher haben uns diesen Rechtssatz und die darauf basierten Rechtsinstitute auf das deutlichste markiert, auch in Sage und Poesie ist er heimisch geworden, so recht geschaffen, romantische Verwickelungen herbeizuführen oder einen vom Dichter künstlich geschlungenen Knoten in überraschender Weise zu lösen. Siegel hat in seiner Abhandlung: „Die Erholung und Wandelung," deren Ausführungen mich die Identität des Gegenstandes fast Schritt für Schritt zu folgen zwingt, auf zwei lehrreiche Stellen in Hartmanns Iwein hingewiesen, in welchen die Handlung des Gedichtes unser Rechtsprinzip zum Ausdruck brachte. Ohne die Beweiskraft dieser von Siegel beigebrachten Argumente für den deutschen Rechtsgang schmälern zu wollen, muss ich dennoch den Inhalt beider Stellen als Beleg für die Gestaltung des altfranzösischen Prozesses reklamieren.

Hartmann hat sich nämlich genau an sein französisches Vorbild[2] *Li Romans dou Chevalier au lyon* von Crestien von Troies angeschlossen. Da der Satz: „Ein Mann ein Wort" damals ebensogut dem deutschen wie dem französischen Rechtsleben angehörte, war es ihm möglich, die Wendungen des französischen Originals durch die entsprechenden Schlagworte des deutschen Prozesses zu ersetzen. Um der Vergleichung willen dürfte es gerechtfertigt sein, wenn ich hier die Texte Crestiens und Hartmanns nebeneinander stelle.

---

[1] Marnier S. 71, Variante in Note 2.

[2] Vgl. Holland, Crestien von Troies, eine litteraturgeschichtliche Untersuchung S. 179 ff.

Iwein hat die verzweifelnde Lunette in der Kapelle wiedergefunden. Sie berichtet ihm, wie es gekommen, dass sie in Gefahr stehe auf dem Scheiterhaufen zu sterben. Ihr Feind der Seneschall habe es darauf angelegt, sie mit ihrer Herrin zu entzweien.

[675] Crestien v. 3666 ff.

An plainne cort et veant toz
Me dist que por vos l'oi traie.
Et je n'oi consoil ne aie
Fors de moi seule qui disoie,
C'onques vers ma dame n'avoie
Traison feite ne pansee.
Sire, por deu, com esfree
Tot maintenant, sanz consoil prendre,
Dis, je m'an feroie desfandre
D'un chevalier ancontre trois.
Onques ne fu cil si cortois,
Que il le deignast refuser,
Ne ressortir ne reuser
Ne m'an poi por rien, qu'avenist.
Ensi a parole me prist.
Si me covint d'un chevalier
Encontre trois gage a baillier
Et par respit de XXX jorz.

Hartmann v. 4141 ff.

ich arme verlorne
vergahte mich mit zorne.
wan daz ist gar der saelden slac,
swer sîme zorne niene mac
gedwingn, ern überspreche sich
leider alsô tet ich mich.
Ich hân mich selben verlorn.
ich sprach durch mînen zorn,
swelhe drî die tiursten man
sich von dem hove næmen an
daz siz bereiten wider mich,
einen riter vund ich
der mit in allen drin strite,
ob man mir vierzec tage bite. —
der rede giengen sie dô nâch
wand mir was gewesn ze gâch:
man liez mich ir niht wandel hân,
und enwart ouch des niht erlân
ichn schüef in rehte sicherheit
daz ich der rede waere gereit
als ich dâ hete gesprochen,
daz ich in sehs wochen
mich mit kampfe lôste.

„Und wieder spiegelt sich derselbe Rechtsgedanke in dem Streite der beiden Schwestern um das väterliche Erbe vor des Königs Hofgericht, ja es beruht auf ihm geradezu die Lösung.“ [1] Iwein und Gawein hatten als Kämpen, ohne sich zu kennen, bis Sonnenuntergang entscheidungslos gekämpft. Der Anbruch der Nacht gebietet Waffenruhe. Die Freunde erkennen sich gegen-

[1] Siegel a. O. S. 5.

seitig. Um einer Fortsetzung des unnatürlichen Kampfes auszuweichen, behauptet jeder von ihnen vor dem König, *qu'il est oltrez et recreanz*[1]. Artus schlägt ihnen vor, die Entscheidung in seine Hand zu legen.

v. 6367: *Mes or vos an metez sor moi!* [676]
Et jes acorderai, ce croi
Si bien qu'a vos enors sera
Et toz siegles m'an loera.

Es handelt sich, die ältere, jedem Ausgleich abholde Schwester in Form Rechtens zur Herausgabe des widerrechtlich angeeigneten Erbteiles zwingen zu können. Zu dem Ende versucht es der König, sie mit Hilfe einer Finte beim Worte zu fangen.

v. 6376:

„Ou est, fet il, la dameisele
Qui sa seror a fors botée
De sa terre et deseritée
Par force et par male merci?"
„Sire, fet ele, je sui ci."
„La estes vos? Venez donc ca!
Je le savoie bien pieca,
Que vos la deseriteiez;
Ses droiz ne sera plus noiez;
Que coneu m'avez le voir.
La soe part par estovoir
Vos covient clamer quite."
„Ha! Sire rois, se je ai dite
Une response nice et fole
Volez m'an vos metre (al. *prendre*)
a parole?
Por deu sire ne me grevez!
Vos estes rois, si me devez
De tort[2] *garder et de mesprendre."*[3]

v. 7655:

Er sprach: wâ ist nû diu magt
diu ir swester hat versagt
Niuwan durch ir übermuot
ir erbeteil unt taz guot
daz in ir vater beiden lie?
dô sprach sî gâhes: „ich bin hie".
dô sî sich alsus versprach
und unrehtes selbe jach,
des wart der künec Artûs vrô:
ze geziuge zôch ers alle dô.
er sprach „vrouwe ir hât verjehn.
daz ist vor sô vil diet geschehn,
das irs niht wider muget komen:
und daz ir ir habt genomen,
daz müezet ir ir wieder gebn,
welt ir nâch gerihte lebn!"

---

[1] Die gebräuchliche Formel, durch welche der Kämpe sich für besiegt erklärte.

[2] Nach Établissements de saint Louis II, 14 behält sich der Vorsprecher bei Gericht vor: que je ne chiée mie en tort envers le demandeur ni à la justice.

[3] Nach Jean d'Ibelin ch. 28 bedingt der Vorsprecher seiner Partei das Amendement mit den Worten: que se je i mesprenoie, que lui et son conseil

[677] Die Vergleichung beider Texte zeigt, dass Crestien die Kenntnis der in Frage kommenden Rechtssätze in höherem Grade glaubte voraussetzen zu dürfen, als dies bei Hartmann von Aue der Fall ist, welcher minder dramatisch, weitläufig erklärt, wo jener nur leise andeutet. Nach der Motivierung zu schliessen, die Hartmann dem König in den Mund legt, setzt der deutsche Dichter bereits die Möglichkeit einer Wandelung des eigenen Wortes unter bestimmten Bedingungen voraus, deren Nichtvorhandensein im vorliegenden Falle ausdrücklich betont wird. Der französische Text steht in dieser Beziehung noch auf dem Standpunkte des strengeren und älteren Rechtes [1].

[Ein verwandter Fall findet sich im Chanson Doon de Maience. Abermals ist es eine Frau, die in der Leidenschaft missespricht, indem sie sich zu einem schwierigeren Beweise der Unschuld erbietet, als der Richter ihn verlangt hätte, der nur bedauernd konstatieren kann, dass sie an ihr Wort gebunden sei.

Dame, fet li preudons, vous avés trop parlé,
Mez puisque dit l'avés, ne puet estre mué [2].]

Auch die altfranzösische Gerichtspraxis bietet einige, wenn auch minder durchschlagende Beispiele von der Anwendung unsres

---

amender i peussent. Der Sinn des Verses ist also etwa der: Ihr müsst mich vor Fehlern und Missesprechen bewahren, eine Anspielung, wie mir scheint, auf das Recht des Königs, die Formen des strengen Rechtsgangs zu Gunsten der Billigkeit ausser Kraft zu setzen. Vgl. Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 58 [oben S. 140 f.]. Ich habe dort nur gesagt und sagen wollen, dass im Königsgerichte ein minder formelles Verfahren, eine freiere Beurteilung der Streitsache möglich war, nicht aber, wie Sohm in einer Rezension meiner Abhandlung polemisierend annimmt, dass jede Sache daselbst ex aequitate entschieden wurde (Ztschr. für RG. VII 146 f.). Ob dies der Fall war, hing von bestimmten feststehenden Voraussetsungen oder von dem Eingreifen der königlichen Gewalt ad hoc ab, welche moderieren konnte, „si quid . . . secundum gentilium consuetudinem crudelius sancitum esset". So Hincmar, Epistola de ordine palatii c. 21, Walter, Corp. Jur. Germ. III 767.

[1] Die englische Nachdichtung unseres Stoffes (Ritson, Ancient English metrical romanceës vol. I 158, v. 3740 ff.) lässt das Motiv des Missesprechens hier vollständig fallen. Der Knoten wird vom König nicht sowohl gelöst als durchgehauen.

[2] [Doon de Maience, chanson de geste ed. A. Pey 1859 in den anciens poëtes de la France t. 2, Vers 1160, eine Stelle, auf welche Pfeffer, Die Formalitäten des gottesgerichtlichen Zweikampfs in der altfranzösischen Epik, Ztschr. f. roman. Philologie IX 20 aufmerksam macht.]

Rechtssatzes. Die Olim[1] enthalten ein Urteil aus dem Jahre 1273 über folgenden Rechtsfall. *Abbas et conventus Brantolmensis* klagen gegen *Bernardus de Bordelia super feodo castri Bordelie,* welches das Kloster als ihm gehörig in Anspruch nimmt. Nach längerer Gegenrede negiert der Beklagte schlechtweg, dass die streitige Burg Lehen der Kläger sei, aber nachträglich *post negacionem huiusmodi* erklärt er sie vom König von England zu Lehen zu haben, und verlangt, vor dessen Gericht gestellt zu werden. Der Vertreter der klagenden Partei, die sich auf jenen einfachen Widerspruch hin zum Beweise der widersprochenen Behauptung erboten hatte, bestreitet, dass der Beklagte, *cum simpliciter negavisset,* nachträglich noch eine andre Erklärung abgeben konnte, und begehrt, dass seine Partei zum angebotenen Beweise zugelassen, der Gegner aber mit seiner Berufung auf die Lehnshoheit des Königs von England [678] nicht gehört werden solle. Das Parlament entscheidet nach dem Verlangen des Klägers. *Tandem auditis hinc inde propositis cum ante advocacionem huiusmodi* (vor der Berufung auf die Lehnshoheit des englischen Königs, die, wenn zulässig, eine Aenderung des Forums nach sich gezogen hätte) *dictus B. simpliciter negavisset, iudicatum fuit, quod dictus B. non haberet reditum (in curiam regis Angliae) quem petebat, sed admitterentur ad probandum feodum suum abbas et conventus predicti.*

Zwei lehrreiche Anwendungsfälle finden sich in den *Raisons et Articles . . . de Saint Dizier*, welche Graf Beugnot im Anhang des 2. Bandes der Olim abgedruckt hat. Die Stadt *Saint Dizier (dép. de la Haute-Marne, arrond. de Vassy)* hatte die flandrische Stadt Ypern zum Oberhof. Waren die Schöffen von S. Dizier in einem einzelnen Falle des Rechtes nicht weise, so sandten sie ihre Boten nach dem fernen Ypern, um sich von den dortigen Schöffen sagen zu lassen, was Rechtens sei[2]. Aus der Sammlung dieser Anfragen und der darauf hin ergangenen Urteile glaube ich hier für unsern Gegenstand um so eher schöpfen zu dürfen, als das flandrische Recht mit dem französischen im allgemeinen dieselbe Rechtsentwickelung durchgemacht hat und das Recht von Ypern, mit welchem S. Dizier bewidmet war, in dem hier in Betracht kommenden Punkte mit dem französischen Rechte völlig übereinstimmt.

---

[1] I 940, nr. 41.

[2] Beugnot, Notes zu Olim II 899 ff.

Vor den Schöffen von S. Dizier stand im Jahre 1344 Demengins, ein Bürger dieser Stadt, als Vertreter der beklagten Partei zu Recht[1]. Das Gericht trug ihm durch Urteil auf, die Klage zu beantworten. Voreilig beanspruchte er daraufhin, anstatt zu antworten, *jour de conseil* und zwar ohne jeden Vorbehalt, *tout simplement.* Sofort erklärte ihn der Bailli für bussfällig, weil er dem Urteil der Schöffen zuwider gehandelt habe, *que il est aleiz contre rapport des eschevins.* Demengins entgegnet, die Busse treffe nicht ihn, den Vertreter, sondern seine Mündel, falls überhaupt eine solche verwirkt sei. Uebrigens habe er ja nachträglich erklärt, er verlange die Frist nur, *se bonnement il le povoit avoir et non autrement.* Diese Wandelung des gesprochenen Wortes, die
[679] Zufügung einer Bedingung, die der fehlerhaften Erklärung die Spitze abbricht, weil sie diese nicht als indirekte Verweigerung sofortiger Klagbeantwortung, nicht als Ungehorsam wider die Schöffen erscheinen lässt, wird in ihrer Rechtsgültigkeit vom Bailli bestritten. Es fruchte jenem nichts, dass er nachträglich die Fristgewährung nur als Gunst beansprucht habe, denn ursprünglich habe er die Frist ohne jeden Zusatz verlangt. Die Schöffen von Ypern teilen die Auffassung des Bailli, sie erklären die nachträgliche Verbesserung der ursprünglich fehlerhaften Erklärung für unwirksam. Demengins habe sich gegen das Urteil der Schöffen vergangen, indem er *jour de conseil* begehrte, als ihm die Beantwortung der Klage abverlangt wurde. Er sei daher in eine Busse von 60 Pfund gegen den Gerichtsherrn und von je 10 Pfund gegen jeden der Schöffen verfallen, mit welchen damals das Gericht besetzt war.

In dieselbe Busse wurde aus gleichem Grunde in einem andern Prozesse der Beklagte Jehanson Berangons verurteilt[2]. Die Schöffen hiessen ihn die Klage beantworten. Er aber bat, man möge ihm einen Tag geben, bis zu welchem er sich mit Conseil versehen werde, *por quoy il puist seurement respondre.* Zugleich verlangte er ein Urteil darüber, ob ihm diese Frist von Rechtswegen gebühre. Das war ein Widerspruch gegen den Befehl der Schöffen. Ohne sich von der Stelle begeben zu haben, besann sich Jehanson sofort eines Bessern und gab die verlangte Erklärung auf die Klage ab. Trotzdem machte der Bailli den Anspruch auf die Ungehorsams-

---

[1] Olim II 744, nr. 56.
[2] Olim II 771, nr. 114.

busse geltend. Der Beklagte *dit qu'il ne c'est de rien mesfais pour tant, quar il estoit encore en la piesse de terre et si respondist puis à la demande.* Der Bailli repliziert, Jehanson habe missegethan ungeachtet er ohne Aenderung des Platzes [1] die verlangte Antwort gab, denn er hätte diese früher verweigert, und was er einmal gesprochen, könne er hinterher nicht mehr zurücknehmen, *il . . ne* [680] *povoit desdire ce qu'il avoit jà dit, non obstant qu'il fust encore en la place et qu'il respondist puiz la parole dessus dicte, quar il avoit jà refusé à respondre, dont il c'est mesfais.*

4. Die Gefahren des Rechtsganges im allgemeinen und das prendre à point.

Das Zusammenwirken der drei erörterten Prinzipien, nämlich der Wortinterpretation, des Satzes *fautes valent exploits* und der Unwandelbarkeit des vor Gericht gesprochenen Wortes musste die Parteien in ihrer Bewegung vor Gericht auf das peinlichste einschnüren. Ein unbedachtes Wort konnte zu Fall bringen. Das geringste Versehen genügte und das beste Recht musste der Form zum Opfer gebracht werden. Der Satz, den ein Dichter des vierzehnten Jahrhunderts gelegentlich seinem Helden in den Mund legt: *Souvent pert-en son plait à parler nicement* [2], mag sich im Rechtsleben nur zu häufig bewahrheitet haben. So gut wie verloren war, wer ohne genaue Kenntnis des Verfahrens in Einfalt und nur mit dem Bewusstsein seines guten Rechtes neben einem geriebenen Gegner vor Gericht stand. Man verdrehte ihm das Wort im Munde, ohne dass er es merkte. Durch Finten getäuscht, ging er arglos dem Gegner in die Falle oder er strauchelte aus Zufall über eines der zahlreichen Hindernisse, die der Rechtsgang darbot.

---

[1] Die Betonung dieses Momentes erkläre ich mir daraus, dass der Beklagte mitunter auf das die Antwort heischende Urteil, diese unverrückten Fusses, ohne den Platz zu verlassen, abgeben musste. Eine Besserung des gesprochenen Wortes war auch trotz Beibehaltung der anfänglichen Stellung nicht gestattet. Nur wenn Jehanson sofort auf das Urteil hin geantwortet hätte, wäre die Beobachtung auch dieser Formvorschrift in Frage gekommen. Hier war sie irrelevant, weil der Bailli nicht wegen formwidriger Antwort, sondern wegen Verweigerung der Antwort, begangen durch die Bitte um jour de conseil, den Anspruch auf Busse erhob.

[2] Chronique de Bertrand du Guesclin par Cuvelier, trouvère du XIV. siècle, II 259, v. 20914, in der Collection de doc. inéd.

Es galt für eine Kunst, ein *bon plaideor* zu sein. Selbstbeherrschung und Geistesgegenwart, Erfahrung im Rechtsgang und Uebung in der Rede wurden als unerlässliche Eigenschaften betrachtet. Zumal aber können die Quellen es nicht genug betonen, wie es nötig sei, vor Gericht sich die volle Ruhe, das kalte Blut zu wahren, Zorn und Aufwallung zu vermeiden, die den freien Blick umnebeln, Sinn und Verstand gefangen nehmen. *Qu'il se garde,* rät Jean d'Ibelin dem Prozessredner, *de soi trop corroucier ne airier ne esmoveir en plaideant, que (parce que) ces choses font tost tressaillir home en desraison et li tolent senz et connoissance*[1]. Und Beaumanoir
[681] erklärt es für eine unentbehrliche Eigenschaft eines Vorsprechers, *qu'il sace souffrir et escouter sans courous, car li hons courouchiés pert legerement son propos*[2]. Es galt für erlaubt und in gewissen Fällen für geboten, den Gegner absichtlich in die Hitze zu treiben, damit er sich im Augenblicke der Erregung eine Blösse gebe oder einen beabsichtigten Angriff übersehe.

Philipp von Navarra, einer von den orientalischen Juristen, welche die Assises der Haute Cour von Jerusalem bearbeitet haben, malt die Fährlichkeiten des Prozesses in folgendem Bilde aus. Wer vor Gericht um sein Leben oder Erbe streitet, der trägt seinen Kopf im Schoss und sein Erbe auf der flachen Hand. Denn manchmal ist man schlecht beraten, stellt seine Anträge, gibt seine Antwort schlecht oder erhält durch ein Missverständnis oder Unkenntnis der Streitsache oder sonst aus einem Grunde ein ungünstiges Urteil. Das geschieht aber ebenso leicht, wie dass das, was man im Schosse trägt, entgleitet, was man auf der Hand hält, verstreut wird. *(Et coment que ce soit, de legier peut cheir ce que est ou geron et ce de la paume espandre.)*[3]

Bezeichnend für die Stellung der Parteien vor Gericht ist eine Aeusserung bei De Fontaines, die den Gedanken nahe legt, als habe man die Gefahren, welche das strenge Recht des Prozesses mit sich führte, nach Art der Ordalien aufgefasst. Sie verständlich zu machen gilt es etwas weit auszuholen. Die vor Gericht geladene Partei kann nach dem Rechte von Vermandois wegen

---

[1] Jean d'Ib. ch. 26.

[2] Beaum. V, 10.

[3] Phil. de Nav. ch. 17, Beugnot, Ass. de Jér. I 492, fast wörtlich wiederholt im Abrégé du Livre des Assises des Bourgeois IIème part. ch. 30, Beug., Ass. II 343 i. f.

echter Not *(essoine)* Vertagung des Verfahrens verlangen [1]. Doch ist sie eventuell verpflichtet, die Essoine durch ihren Eid zu erhärten. Diesen Eid kann der Gegner nicht anfechten. Er ist unscheltbar. Man hat ihn nur vor Gott und seinem Gewissen zu vertreten. Wer aber eine Essoine fälschlich vorschützt und beschwört, entzieht sich nach De Fontaines' Auffassung Gottes Beistand für den Rechtsstreit, möge seine Sache auch noch so gerecht sein. Darum sehe man häufig Leute ihr Recht verlieren durch Missesprechen oder sonst durch irgend einen prozessualen [682]
Schritt — *et l'en voit-on molt sovent perdre ou par mesparler ou par autres errementz* [2]. Der Verfasser des Conseil warnt hiermit vor meineidigem Beschwören echter Not, die Vergeltung werde in der Form des Missesprechens oder andrer Verstösse nicht ausbleiben. Er kann sich der Ueberzeugung nicht entschlagen, dass die Fährlichkeiten des Prozesses mitunter das offenbare Recht zum Falle bringen, findet sich aber mit derselben dadurch ab, dass dieses Geschick zumal diejenigen treffe, die es irgendwie z. B. durch einen Meineid über echte Not, mit Gott verdorben haben [3].

Wenn ein Verstoss geschehen, ein Fehler begangen worden, so war es Sache desjenigen, der einen Vorteil, ein Recht daraus

---

[1] Vgl. Stein-Warnkönig, Franz. St.- u. RG. III 208 ff. Schäffner, Rechtsverfassung Frankreichs III 505 ff. [Ad. Tardif, La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIVe siècles 1885, S. 55 f.]

[2] De Font. V, § 7. Fehlgegriffen ist Marniers Erklärung des „mesparler" S. 39, Anm. 6: Male parabolari, parler mal, mentir pour tromper. Er verweist auf De Font. XI, 8: „Li mesparlers de l'emparlier", eine Stelle, welche die beste Stütze zur Widerlegung seiner Erklärung bietet.

[3] [Nach den Miracula Sancti Eadmundi des Heremannus archidiaconus bei F. Liebermann, Ungedruckte anglo-normannische Geschichtsquellen S. 251 wurde ein Bischof Arfast von Ostanglien, der unter Wilhelm dem Eroberer eine ungerechte Klage gegen die Abtei Sanct Edmunds eingebracht hatte, durch ein Wunder des Heiligen in solche Verwirrung versetzt, dass er missesprach und, nicht wissend, was er gesagt hatte, mitten im Worte stockte ... quo dicto stupefit in medio verbo inscius quid dixerit omnino; sic virtus sancti operatur in illo.] Die Kirche hatte die Ordalien 1215 verboten. Mit Ausnahme des Zweikampfes sind sie verhältnismässig rasch aus dem französischen Prozesse gewichen. Allein der Gedanke an ein unmittelbares Eingreifen der Gottheit in einzelne Stadien des Prozesses ist geblieben. Nebenbei sei es bemerkt, dass man sich auch die aus dem römisch-kanonischen Prozesse entlehnte Tortur als ein Ordal zurechtlegte. Et s'il se peut passer sans fair confession en la gehenne ... il se sauveroit et il apparestroit bien, que Dieu montreroit miracles pour luy. Très ancienne Coutume de Bretagne ch. 101.

herleiten wollte, die Folgen geltend zu machen, die Partei, die missegesprochen oder missegethan, bei ihrer Blösse zu fassen, *prendre à point, à la parole*[1], *reprendre*[2], *acoisonner*[3], *occasionare*[4]. Demnach war die Geltendmachung des Formalismus entweder dem Gerichte oder dem Gegner anheimgestellt. Das erste war der Fall, wenn das Gericht einen selbständigen Anspruch auf Busse wegen des Formfehlers hatte. Dann trat der Bailli oder der Prévôt oder sonst ein Beamter des Gerichtsherrn, wenn nicht dieser selbst, auf und verlangte von den Dingleuten ein Urteil wegen der verwirkten Busse[5]. Dass diese Bussen keine unbedeutende
[683] Einkommenquelle bildeten, lässt sich aus den ältesten normannischen Schatzrechnungen ersehen. In den Rollen des Echiquier finden sich nicht selten Posten wie folgende[6]: *20 sol. pro mesdito, 20 sol. pro stulta clamatione, 20 sol. pro stulto responso, 20 sol. quia contradixit curiam, 40 sol. pro stultiloquio, 10 sol. pro stulta loquela, 20 sol. pro defectu legis*[7]. Wo ein solcher Anspruch des Gerichtes nicht begründet war, blieb es dem Gegner überlassen, den Fehler in geschickter Weise für sich zu verwerten. „Mit gespitzten Ohren und lauerndem Blicke, heimtückischen Sinnes verfolgte ein Teil des andern Rede und Gebärden, um bei dem geringsten Anlasse, wo er ihn packen und fassen konnte, hervorzubrechen“[8]. War ein Wort gefallen, das der Gegenpartei zum Anhalt dienen konnte, so hatte sie nichts Eiligeres zu thun, als den Redner beim Worte zu fangen und sich daran zu klammern,

---

[1] Bei Jean d'Ibelin passim.

[2] In den Raisons et Articles de Saint Dizier, bei Roisin und anderwärts.

[3] Beaumanoir LXIV, 11, i. f. Laurière, Glossaire du droit françois S. 7.

[4] Oft in den anglo-norm. Quellen. Stat. of Marlebridge c. 11, Fleta (ed. Selden) S. 147, vgl. Reeves, History of the English Law II 70 und unten S. 291, Anm. 3. 4.

[5] Roisin S. 33, nr. 10 ... en kiece en LX sous, s'il y va sans congiet de signeur, se sires l'en reprent et qu'il soit tournet en jugement sour eschevins. Vgl. l c. S. 29, nr. 5.

[6] Vgl. Delisle, Des revenus publics en Normandie au XIIème siècle, Bibliothèque de l'école des chartes, Serie III, Bd. 3, S. 105 ff. und Great Roll of the pipe 1 Ric. I 71.

[7] Lex ist hier und an ähnlichen Stellen vom Eide zu verstehen. Vgl. Somma II, cap. 62. Auch Beaumanoir braucht loy schlechtweg für den Eid XXX, § 86.

[8] Siegel. Gefahr S. 4, eine Bemerkung, die ebenso gut für den französischen wie für den deutschen Prozess gemacht werden konnte.

bis sie durch ein Urteil der Dingleute die Folgen des Verstosses sich gesichert hatte. Eine Aenderung des Wortes war ja nach dem Grundsatz „Ein Mann ein Wort" nicht mehr statthaft. Handelte es sich um eine schlichte Rede, so zog eine nörgelnde Wortinterpretation die Konsequenzen der misslungenen Erklärung. Betraf der Fehler gebundene Worte oder eine formelle Handlung, so berief man sich auf die Formvorschrift, die verletzt worden war [1]. Wer vor Gericht spricht, der soll, so rät Jean d'Ibelin [2], sich hüten, dass der Gegner nicht in die Lage komme, ihn beim Worte zu fassen, seinerseits aber fasse er diesen beim Worte, so oft er kann, und zwar so, dass er seine Absicht nicht allzufrüh merken lasse. Hat ein Teil mit eigenem Munde eine nachteilige Aeusserung abgegeben, oder der seines Vorsprechers zugestimmt, dann ist der Moment des *prendre à point, prendre à parole* gekommen. Der Gegner wendet sich dann an die Dingleute: „*Voz* [684]
avés oy que tel a dit tel chose . . ." [3], *et die por la court miaus avertir ce que il a dit, de quoi il le vueille prendre à point: et après face celui qui l'a pris* [4] *à point, bien entendanment entendre à la court, coment et de quoi il les a pris à point.* Nach den sogenannten Anciennes Constitutions du Châtelet Art. 35 [éd. Mortet 37] soll derjenige, der seinen Widerpart beim Wort nehmen will, erklären: *Je suis prest d'oir droit sus ces paroles ci distes et qu'il a avoé aujord'hui, je ne vueil desormais qu'il y puist riens ci adjouster et en suis prest d'oir droit sus les paroles ci-distes et avoées aujourdui.* Der Rechtsstreit musste sich unter solchen Umständen als ein wahres Wortgefecht abwickeln, in welchem die Parteien sich gegenseitig beim Worte fingen oder zu fangen suchten. Und nicht allzugewagt dürfte es sein, den bekannten Rechtssprichwörtern:

---

[1] Roisin S. 33, nr. 6 . . . il aroit se querielle perdue, se partie le reprendoit et tournoit à atainte ou à délivre. Vgl. S. 32, nr. 2, S. 33, nr. 8: . . se amparliers le reprent et tourne à atainte ou à délivre. Ist es der Kläger, der gefehlt, so verlangt der Beklagte oder dessen Vorsprecher Freisprechung (délivre); ist es der Beklagte, so begehrt der Kläger dessen Verurteilung (atainte).

[2] l. c. ch. 26. Vgl. Wilken, Gesch. der Kreuzzüge (1807) I 389.

[3] et die quoi et que tel a otreé ce que il a dit por lui et les nome. Die rechtliche Bedeutung des otreer in dieser, des avouer in der folgenden Stelle kann erst später klargestellt werden.

[4] Diese Lesart bei Beugnot l. c. Note 31 bietet allein ein Verständnis. Widersinnig ist hier der von Beugnot konstruierte Text.

On prend les bêtes par les cornes et les hommes par la parole,
On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles,
Comme les boeufs par les cornes on lie
Aussi les gens par leurs mots font folie,

eine ursprünglich prozessuale Bedeutung zu vindizieren, nämlich die Beziehung auf das *prendre à parole*, welches, wie wir gesehen, im Prozesse seine bestimmt ausgeprägte rechtliche Anwendung hat und auf dem Grundsatze der Unwandelbarkeit des vor Gericht gesprochenen Wortes beruht [1].

Einen allgemein feststehenden Ausdruck, um den Formalismus in seinen Anforderungen und Wirkungen zu bezeichnen, wie
[685] ihn das deutsche Recht in dem Worte Gefahr, *vare* [2], besitzt, habe

---

[1] Loysel, Institutes coutumières I 359 stellt jenem Sprichworte den Satz zur Seite: et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. Die Herausgeber halten es in demselben Sinne für eine Nachbildung der lateinischen Verse, „rapportés par la glose et les anciens commentateurs du droit romain“:

Verba ligant homines, taurorum cornua funes.
Cornu bos capitur, voce ligatur homo.

Die Parömie findet sich auch im Spanischen:

Al buey por el cuerno
Y al hombre por el vierbo,

im Deutschen:

Den Ochsen hält man bei den Hörnern, den Mann beim Wort, die Frau beim Rock.
Man nimmt den Mann beim Wort und den Hund beim Schwanz.
Man fasst das Pferd beim Zaum, den Mann beim Wort.

Siehe Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichw. S. 228, nr. 27. 25. 24. Diese deutschen Formen erscheinen mir durchaus nicht als Nachbildung der lateinischen Verse und doch müssten sie es sein, wenn die französischen es wären. Uebrigens macht das Volk sich seine Sprichwörter lieber selbst, als dass es sie aus dem Lateinischen übersetzt. Der Vergleich mit dem Ochsen, den man bei den Hörnern fasst, dürfte ihm jedenfalls näher gelegen haben als gelehrten Kreisen. Wahrscheinlicher dünkt es mir daher, dass das Verhältnis das umgekehrte gewesen, die nationalen Formen als älter denn die lateinischen Verse betrachtet werden müssen.

[2] Danger, dangerium hat allerdings eine Beziehung auf das strenge Recht (Du Cange, Gl. II 740: Dangerium vocant nostri quidquid iuri stricto atque adeo confiscationi obnoxium est; daher fiefs de danger). Doch wird es in solcher Anwendung nicht auf den Prozess bezogen. Ueber estre en danger = esse in misericordia wird später die Rede sein. Dangier heisst allgemein so viel wie difficulté, obstacle (Du Cange, Gl. VII 118; Roquefort I 339;

ich in den französischen Quellen, die durchzuarbeiten mir verstattet war, nicht gefunden. Die Feinheiten des strengen Rechtsgangs werden als *soutillance de plait*, *cautelle* (in objektiver Bedeutung) bezeichnet, Ausdrücke, die nicht wohl als technisch gelten können. Die Anwendungen des Formalismus und deren Anlässe nennt man *cavillationes*[1], *captiones*[2], *occasiones*, *achesons*[3]. Auf die Verfänglichkeiten des Prozesses ist auch das selten gebrauchte Wort *hoquet*, [G86] lateinisch *hoquetus* zu beziehen, welches Du Cange wohl ungenau definiert als *impedimentum quodvis, difficultas quae moram affert in negotiis*. Schikanöses Prozessieren wird u. a. *hocqueler*, und einer der in solcher Weise vorzugehen liebt, *hocquelator*, *hocqueleur*, *hoketour* genannt[4]. Genau den Sinn von *vare* bekommt bei Roison,

---

Burguy, Gramm. de la langue d'oil III 101). Sans dangier = sans retard, volontiers. In diesem Sinne wohl im Roman du Renart (ed. Méon) v. 8320: Et si vos di toz sanz dangier und öfter.

[1] Anciennes Coutumes de Ponthieu (Marnier, Anc. Cout. de Picardie S. 125) in der Ueberschrift von ch. XIII: Seur le matère dez cavillations dont on use communément en tous erremens selonc us et coustume. Glanvilla II, 12, § 3. „Cavillator" in Fleta (ed. Selden) 147.

[2] Das bekannte Gesetz Friedrichs II., das die Subtilitäten des Prozesses aufhebt, welche die Normannen des sizilischen Reiches aus ihrer Heimat her für ihre Rechtsstreitigkeiten festgehalten hatten, äussert sich darüber in folgenden Ausdrücken: *Cavillationes et captiones* (das prendre à point) antiquas iure Francorum quinzanas et momenta temporum, quae inter Francos litigantes in iudiciis hactenus servabantur, nec non quasdam alias *subtiles observationes* tam in civilibus quam criminalibus causis submovemus. Constitutiones regni Sic. II, 17, bei Huillard-Bréholles, Hist. dipl. Frid. II, t. IV 89. Vgl. Siegel, Gefahr S. 47.

[3] Marnier, Établissements et Coutumes ... de l'échiquier de Normandie S. 48. Der lateinische Text bei Warnkönig, Fr. St.- u. RG. II. Urkundenbuch: Quellen des alten Coutumiers der Norm. 28. [Statuta Walliae, 12 Edw. I, c. 3: narrando sine occasione.] Du Cange, Gl. IV 691; VII 5 f. unter achaison, achesonner (chicaner) etc. und oben S. 288, Anm. 3. 4. Wichtig ist die Urkunde Balduins von Flandern von 1200, bei Martene, Thesaurus anecd. I, col. 768 ff., Art. 16: In iuramentis illis nullae occasiones ammiscendae sunt quae gitta (?) dicuntur. Vgl. die Urk. für holländ. Ansiedler v. 1152 in den Thüringer Rechtsdenkmälern bei Homeyer, Richtsteig, Landr. S. 431, Note *. Acheson ist übrigens ein mehrdeutiges Wort.

[4] „Hoquelator et *captor gentium* ad *hoquetos*." „I. d. P. dist que cestoit la coustume des sergens de tenser et *hocqueler* les bonnes gens", Belegstellen bei Du Cange, s. h. v. Gl. III 695b. „Et demandent (die Advokaten) sur chacun *hocquet* droit, jugement, l'esgard, advis ou conseil de la court": Cout., Style et Usage au temps des éch. de Norm. ch. 14, in Mém. de la Soc., II. Ser.,

Franchises de Lille, das Wort *entrepresure,* in den Fügungen *parler sans entrepresure, jurer sans entrepresure*[1], welche die Befreiung vom Formalismus der Rede und des Eides bedeuten, während es sonst den Verstoss gegen die Anforderungen des strengen Rechtes, so viel wie *mespresure*[2] bezeichnet[3].

5. Anwendungen der Wortinterpretation.

Die allgemeinen Grundsätze, durch die im altfranzösischen Prozess die rechtliche Behandlung von Wort und Form geleitet wurde, sind im vorausgehenden entwickelt. Die Betrachtung der Theorie möge ein Einblick in die Praxis ergänzen. Das folgende soll daher die konkrete Anwendung jener Prinzipien im Rechtsleben und ihren Einfluss auf einzelne durch sie bedingte Einrichtungen des Prozesses zum Gegenstande haben.

[687] Der Grundsatz der Wortinterpretation äussert sich nach zwei Seiten hin. Er schliesst ein positives und ein negatives Moment in sich. Wenn Ausdruck und Absicht des Redenden sich nicht decken, so gilt, was gesagt, aber nicht gewollt oder nicht in dem Umfang gewollt wurde. Andrerseits gilt nicht, was gewollt, aber nicht ausdrücklich gesagt worden ist. Das Wort allein entscheidet, auch wenn die Dingleute und der Gegner mit Bestimmtheit entnehmen können, dass und inwiefern das Gesagte nicht der Ausdruck des Gewollten ist[4].

Den Ausspruch: *On juge selonc ce qui est dit non pas selonc*

VIII 12. — „que nul . . . seit achesoné par *hoketours*": Sogenanntes Stat. Rageman, Statutes of the Realm I 44.

[1] Roisin, Franch. de Lille S. 29, nr. 6, S. 35; siehe unten den Abschnitt von den Kautelen.

[2] Roisin S. 31, nr. 4.

[3] Meine Aufzählung hierhergehöriger Ausdrücke will keine erschöpfende sein. Das iuramentum sine reprehensione in der lex super placito de pecunia für Gent von 1228 (Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte II a, Urk. B. S. 34, nr. 15) bedeutet einen Eid, bei welchem die Geltendmachung des Formalismus, das reprendre (reprehensio) ausgeschlossen ist, und nicht, wie v. Daniels, System und Gesch. des franz. Civilprozessr. I 28, Anm. b will, einen Eid, gegen den der Zweikampf unzulässig ist. [Dem parler sans entrepresure entspricht in den Statuta Walliae c. 8 der Ausdruck sine calumpnia verborum.]

[4] Ihering, Geist des römischen Rechts II b 476.

les ententions, welcher das Prinzip der Wortinterpretation in sich schliesst, knüpft Beaumanoir an die Erzählung eines konkreten Rechtsfalles. Peter hatte ein Gut durch Retrakt an sich gebracht, und zwar namens seiner Frau, die mit dem Verkäufer im dritten Grade verwandt war. Ihm gegenüber tritt hierauf Hans als Retrahent auf. Peter antwortet auf dessen Retraktsklage: *Se voz provés que voz soiés du lignage, je voil bien que voz l'emportés (sc. l'éritage) par le bourse.* Die Rede war ungenau. Peter hätte, um seiner Sache sicher zu sein, sagen müssen — was er auch offenbar meinte — *se voz provés que voz soiés plus prochains que me feme . .*, dann mögt Ihr das Gut gegen Erstattung des Kaufpreises an Euch ziehen. Der Kläger erbot sich auf jene Aeusserung hin zum Beweise seiner Verwandtschaft mit dem Verkäufer. Nachdem Hans bewiesen, dass er im vierten Grade mit diesem verwandt sei, glaubte Peter die Herausgabe des Gutes wegen der näheren Verwandtschaft seiner Frau verweigern zu können. Hans klammert sich an den Wortlaut der ursprünglichen Erklärung des Gegners, und nur der Umstand, dass die Zustimmung der Frau zu jenem Zugeständnisse mangelte, schützt den Beklagten vor der Durchführung des Retrakts. Beaumanoir vergisst aber nicht hinzuzufügen, dass Peter, falls Hans darauf bestände, verpflichtet wäre, ihm das Interesse am Retrakt, d. i. den die Verkaufsumme übersteigenden Schätzungswert des Gutes, zu bezahlen. Der Fall zeigt deutlich, wie der Wortlaut der Parteirede das streitige Rechtsverhältnis in seinem Bestande konsumiert, so dass dem Gegner aus einer misslungenen Erklärung, falls er sie geltend macht, ein gleichsam ver- [688]
tragsmässiger Rechtsanspruch erwächst [1].

Eine Anwendung des Prinzips der Wortinterpretation liegt in der Bestimmung, dass der Kläger in seiner Klage den Namen des Beklagten genau bezeichnen musste. Nach den Formeln bei Jean d'Ibelin zu schliessen, sollte der Gegner stets *de nom et de surnom* genannt werden. Wurde an Stelle des wahren Namens ein anderer gesetzt oder der Name unrichtig, sei es auch nur mit unscheinbarer Aenderung der üblichen Form, ausgesprochen, so war die betreffende Rede wirkungslos; der Kläger wurde mit der Klage abgewiesen, mochte es auch für den Gegner und die Dingleute aus den sonstigen Umständen noch so klar hervorgehen, wer in

---

[1] Beaum. XLIV, 46. 47.

Wahrheit damit gemeint sei. Was von der Klage, gilt überhaupt von allen Prozessreden, in welchen Namen zu nennen waren. Gemildert war das strenge Recht, wo man die Folgen des Irrtums im Namen dadurch ausschliessen konnte, dass man der Benennung des Gegners die Klausel beifügte: Sollte er sich anders nennen, so will ich darum mein Recht nicht verloren haben[1], oder auch: Wegen des Namens und Beinamens soll mir kein Schaden erwachsen[2].

[689] Als an Stelle des mündlichen Verfahrens ein teilweise schriftliches getreten war, wurde die Buchstaben-Interpretation vom gesprochenen auf das geschriebene Wort übertragen. Trotz der damit eingetretenen Aenderung in den Grundlagen des Prozesses scheint es gestattet zu sein, von der Anwendung des Prinzips in einem Rechtsfalle des teilweise schriftlichen Verfahrens auf die Herrschaft desselben im rein mündlichen und formalen Prozess zurückzuschliessen. Ritter Joffrois von Saint Dizier stritt mit Estienne fil (de) Jehan Croce, einer Waise, um den Nachlass des Thibaut,

---

[1] So nach dem Rechte der Landschaft Beauvoisis. Nach Beaumanoir LXIV, 5 präsentiert man sich zum gerichtlichen Zweikampf mit den Worten: Sire vesci Pierres qui se presente par devant vous . . . por tant comme il doit à le jornée d'ui *contre Iehan* de tel liu, *et s'il se fesoit autrement apeler, ne vaurroit pas por ce Pierres perdre* . . . Die Präsentationsformel wird hier von einem Vorsprecher gesprochen. Mit Unrecht schliesst Beugnot die typisch herausgehobenen Worte aus der Formel aus, indem er sie nicht als direkte Rede bezeichnet. Sil *le* fesoit autrement apeler in LXIV, 4 ist wohl nur ein Druckfehler. Beaumanoir will nicht etwa den Wortlaut der Formel durch die Bemerkung unterbrechen, dass eine Namenverwechslung nichts zu bedeuten habe; er legt jene Worte dem Vorsprecher als Vorbehalt in den Mund. Aus dem Vorbehalte aber folgt, dass ohne ihn der Irrtum im Namen sachfällig macht. Vgl. für das deutsche Recht Siegel, Gefahr S. 42 ff. und Anm. 143. Der Schwörende fiel nicht mit seinem Eide, wenn er den Gegner unrichtig benannte, falls er die Klausel beifügte: „oder wie er immer heissen möge".

[2] Diesen Vorbehalt gestattet das Recht der Stadt Lille. Der Vorsprecher des Klägers mag der Bezeichnung des Beklagten die Worte beifügen „pour non et pour surnon nous ni vollons nient pierdre". Roisin, Franchises . . . de Lille, herausgegeben von Brun-Lavainne S. 22, nr. 2, S. 23, nr. 6. Auch hier hat der Herausgeber den Text sinnwidrig konstruiert. „Dont me fait chis hom entendre (der Kläger) que chius hom (der Beklagte) qui chi est *(pour non et pur surnon) ni vollons nient pierdre*, retient de ses cateuls au vaillant de tant". Die herausgehobenen Worte gehören zusammen und dürfen durch keine Klammer getrennt werden, die vielmehr hinter pierdre einzusetzen ist.

den jener als *main morte*, dieser als Erbe in Anspruch nahm. Beide Teile übergaben eine schriftliche Ausführung ihrer Rechtsgründe. *Si fut trouve ès raisons des advouez, qu'il bailloient pour le dit Estienne un autre nom que le nom d'icely Estienne.* Der Gegner machte diesen Mangel geltend und verlangte, dass das Urteil nach seinem Begehren gefällt werde: *pour la cause dou dit nom rechangié mis ès raisons contre li.* Die Schöffen von Saint Dizier fragten die von Ypern, was da zu thun sei. Die Antwort lautet, dass der Kläger den streitigen Nachlass bekomme *pour ce que li advocas au dit Estienne defailli de son nom, le quel li dis messires Joffrois reprist.* Der Fall ist wunderlich genug. Der Beklagte verliert, weil sein Vertreter in einer Prozessschrift bei Bezeichnung seines Namens geirrt hat[1].

Genaue Vorschriften über Namenverwechslung und unrichtige Bezeichnung der Namen in Rede oder Schrift (*misnomer, misprision de nouns*) enthalten die Rechtsbücher des anglonormannischen Rechtes aus dem dreizehnten Jahrhunderts, Bracton, Fleta, Britton[2].

Wenn Jemand mittels Appells belangt wird — *apel* ist die formelle Klage wegen einer That, die Felonie in sich schliesst[3] —, so kann er denselben wegen Formfehlers als nichtig zurück- [690]
weisen, *abatre.* Das kann er unter anderm, wenn der Kläger ihn im Appell unrichtig benannte, wenn er z. B. Robert statt Wilhelm[4], Raynald statt Rayner[5] sagte. Das anglonormannische Recht kennt neben dem rein mündlichen Prozesse ein Verfahren auf ein

---

[1] Raisons et Articles . . de Saint Dizier, Olim II 729, Art. 28. In der Inhaltsangabe der Artikel hat der 28. den Titel: „De escripre en ses raisons un autre nom que cely, qui est plaidiez." Olim II 692.

[2] Die Ausgaben des Bracton („Bratton" nach Horwood, Year Books 20 & 21 Ed. I, pref. S. 15, Anm. 1) stimmen in den Seitenzahlen überein. Britton citiere ich nach der Ausgabe von Nichols, Oxford 1865 (2 vols.), auf die ich auch bezüglich der Parallelstellen aus der Fleta und den Statutes verweise.

[3] Form und Wesen des Appells hat England aus der Normandie recipiert.

[4] Item cadit appellum, si erratum fuerit in nominibus appellatorum vel cognominibus, ut si modo vocaverit unum Wilhelmum et postea eundem Robertum. Bracton f. 141. Vgl. Blackstone, Comm. III 302, Rüttimann, Engl. Civilpr. § 279.

[5] (apel abatre) pora venir en moutz des cas sicum . . . en nomaunt un noun pur un autre. Britton I 103. . . . si il (le pleyntif) noume en soen apel Reyner pur Reynald. Britton I 111.

Breve hin, welches man sich bei der königlichen Kanzlei auswirkte, um der Rechtswohlthat einer Beweisjury[1] teilhaftig zu werden. Gleich dem Appell bildete das Breve die strikte Grundlage des dadurch eingeleiteten Prozesses. Wie jenen ein Irrtum in der Rede, konnte dieses ein Schreibfehler unwirksam machen. Nach Bracton kann ein Breve angefochten werden, *propter errorem nominis* (z. B. Wilhelm statt Heinrich), wegen Irrtums *in cognomine* (Hughbertus Roberti statt Hughbertus Walteri), wegen irrtümlicher Bezeichnung des Heimatsortes (Wilton statt London), wegen eines Fehlers in einer Silbe (Henricus de Brocheton statt Henricus de Bracton) und endlich wegen *error in litera*, wenn z. B. ein Henricus de Bracthon genannt wäre, wo es Henricus de Bracton heissen sollte[2]. Das Breve war endlich auch anfechtbar, wenn darin das Streitobjekt unrichtig bezeichnet wurde[3].

[691] Nicht nur die Streitteile, auch die Urteilfinder stehen unter dem Zwang der Wortinterpretation, sobald sie infolge einer Scheltungsklage in die Stellung einer Partei treten. Wer ein Urteil gescholten und im Scheltungsprozesse unterliegt, hat jedem der gescholtenen Urteilfinder eine Busse zu zahlen. Wird umgekehrt der Beweis geliefert, dass das Urteil ein falsches war, so büsst jeder einzelne der gescholtenen Urteilfinder. Es war daher eine Frage von praktischer Bedeutung, welcher von den Dingmännern

---

[1] Ein solches Breve hatte ein Beweisverfahren per inquisitionem zur Folge. Die Einrichtung wurde aus der Normandie nach England übertragen. Das normannische „breve recognitionis" hat sein Vorbild und seine Grundlage in dem Inquisitionsmandate der karolingischen Zeit, dessen Bedeutung ich Zeugen- und Inquisitionsb. [oben S. 197 ff.] erörtert habe. Dieser Zusammenhang rechtfertigt es, dass ich Erscheinungen des anglonormannischen Rechts in die Untersuchung hereinziehe. Denn der Formalismus, der sich in England an Rechtsinstitute knüpft, die auf Einrichtungen des fränkischen Reiches zurückzuführen sind, erlaubt Rückschlüsse auf das altfranz. Recht.

[2] Bracton f. 188b, Britton I 317: Das Breve ist anfechtbar par mesprisioun de nouns nomables en bref, sicum Reynard pur Reyner, Amice pur Avice; pur misprisioun de surnoun et ausi pur omissioun de sillabes ou des lettres des paroles. [Glanvilla XII, 24: si vero in nomine erratur, districto iure aliud breve petatur. Vgl. Baildon, Sel. civil pleas I, nr. 31.]

[3] Britton II 147. — Unstatthaft ist der Appell wegen Tötung des ungeborenen Kindes, car nul n'i est tenu a respoundre a apel de felonie, ou le playntif ne set nomer le noun a qi la felonie avera esté fete. Britton I 114. Zulässig dagegen in solchem Falle die Klage der Mutter wegen violentia corpori *suo* illata. Vgl. Britton l. c. Note s.

im einzelnen Falle als gescholten zu betrachten sei. Nach dem Landesrechte von Vermandois *l'en doit molt prendre garde, quant en rent jugement, par quels paroles il est renduz.* Hat derjenige, der das Urteil verkündigte, die Verkündigung begonnen mit den Worten: *Je vos di por droit*: . ., dann sind nur jene Dingleute in der Schelte inbegriffen, die ausdrücklich Folge gethan haben. Sagte er dagegen bei Einbringung des Urteils: *Li home de ceienz (céans) dient por droit*, und es schwiegen die übrigen, so sind alle gescholten, *si sont-il tuit el fausement*, auch diejenigen, die nicht ausdrücklich Folge thaten, oder selbst bei der Beratung über die Urteilfindung damit nicht einverstanden waren [1].

Nach den Assises der Haute Cour von Jerusalem kann das Prinzip der strikten Auslegung sogar eine Ausnahme begründen von dem daselbst geltenden Rechtssatze, dass wegen eines Urteils die Cour nur in ihrer Gesamtheit gescholten werden könne. Das Urteil wird mit der Formel eingebracht: *Sire, vostre cour a ce esgardé* . . . Die Partei, die sich beschwert fühlt, mag dann fragen: *Lequel de voz a ce fait?* Träte nun einer von den Urteilfindern auf mit der Antwort: *Je l'ai fais* ohne der Cour Erwähnung zu thun, so könnte die Partei diesen allein wegen des Urteils schelten. *Je di que ce que vos avez fait . . vous l'avez fait faucement et desleaument* . . . Unter einem würde sie zum Beweise dieser Behauptung den gerichtlichen Zweikampf anbieten, in welchem der gescholtene Urteilfinder nur seine persönliche Unparteilichkeit zu verteidigen hätte. Um eine solche Eventualität auszuschliessen, müssen die Dingleute auf jene Frage antworten: *La cort l'a fait.* Sollte die Partei hierauf einzelne von den Dingleuten mit Namensaufruf fragen: *Avez voz ce fait?* so erhält sie die Antwort: *La court l'a fait et noz aveuc, car noz i fumes. Et se voz volés riens* [692] *dire contre la court, nos le orrons.* Würde die Partei auch dann noch auf der Schelte bestehen, so hätte sie es mit dem ganzen Gerichtshofe zu thun, sie müsste, um durchzudringen, sämtliche Urteilfinder der Cour an einem Tage im Einzelkampfe besiegen [2].

Das Walten der Wortinterpretation erstreckt sich selbst in formelhafte Teile des Prozesses hinein, sofern nämlich die Partei

---

[1] De Fontaines XXII, 18.

[2] Jean d'Ib. ch. 110. Nur die Schelte der ganzen Cour, nicht die des einzelnen vermag das Urteil in Frage zu stellen, im Fall des Sieges umzustossen. Vgl. oben S. 269 Anm. 1.

sich zu einem Mehr verpflichtet, als der herkömmliche Wortlaut der Formel enthält. Beim Angebot des gerichtlichen Zweikampfes erklärt der Herausfordernde mit Bezug auf die von ihm aufgestellte Behauptung: *Et se voz le volés neer, je sui prest de prover le vos de mon cors contre le vostre . . et de rendre voz mort ou recreant en une orre de jor*[1]. Beim Aussprechen dieser Formel gilt es behutsam zu sein, damit man nicht an Stelle des *ou* ein *et* setze. Denn dann würde es nicht genügen, den Gegner zur Ergebung zu bringen *(recréant)*, sondern man wäre, um das Angebot des Beweises zu erfüllen, genötigt, ihn im buchstäblichen Sinne zu töten, ein Erfordernis, welches dem Beweisführer unter Umständen nachteilig werden könnte. *Si enim concludat per copulativam, ad utrumque se obligaret et ad vincendum et ad interficiendum unde ex multis posset periclitari*[2]. Leugnet der Beklagte die dem Appell zu Grunde liegende Behauptung, so erbiete er sich einfach *qu'il s'en defendra comme bon et loyal gentilhomme qu'il est.* Dagegen hüte er sich darüber hinaus auch die Formel *eum reddam mortuum vel devictum* anzubringen. Das würde ihm nach dem Stilus Curiae Parlamenti zu buchstäblicher Erfüllung seiner Worte verpflichten, während er sonst möglicherweise ohne Schwertstreich der Klage ledig werden könnte, *sufficeret si ibi nihil faceret in campo ad lucrandum causam nisi adversarius eum incitaret*[3].

Durch maskierte Verwechslung der Partikeln *ou* und *et* konnte in der Haute Cour von Jerusalem und Cypern derjenige, der eine Totschlagsklage anzubringen hatte, sich die Beweisführung wesentlich er-
[693] leichtern. Jean d'Ibelin widmet diesem just nicht ehrlichen Verfahren, das er selbst als *moult soutil* bezeichnet, eine ausführliche Erörterung[4], welche den schikanösen Charakter des Prozesses als ein deutlich redendes Beispiel zum Ausdruck bringt. Wer wegen Mord klagt, erbietet sich, ihn durch Zweikampf zu beweisen. *Sire,* so beginnt die

---

[1] Jean d'Ib. ch. 110. [Das Wort en une orre de jor ist notwendig, weil der Kläger für beweisfällig gilt, wenn er den Beklagten bis zum Erscheinen der Sterne nicht besiegt. Bracton f. 142. Ueber die Anwendung dieser Regel in der altfranzösischen Epik siehe Pfeffer, Z. f. rom. Philologie IX 60. Sie ist schon für das zehnte Jahrhundert bezeugt. H. Brunner, D. RG. II 440 Anm. 89.]

[2] Stilus Curiae Parlamenti c. 16, § 8 in C. Molinaei opp. III 1675.

[3] Stilus l. c. § 16.

[4] Jean d'Ibelin ch. 90 ff.

Formel der Mordklage, *tel se claime à vos de tel . . . qui a tel murtri et*[1] *doné le cop ou les cos, de quei il l'a meurtri.* Daran schliesst sich das Angebot des Zweikampfes, falls der Beklagte leugnen sollte. Wer dagegen eine Totschlagsklage erhebt, muss die That mit zwei Zeugen beweisen. Der Unterschied zwischen Mord und Totschlag besteht aber darin, dass jener heimlich verübt worden und daher schon begrifflich den Zeugenbeweis ausschliesst. Für die Totschlagsklage lautete die Formel: *Sire tel se claime à vos de tel . . . qui a (à) tel doné le cop ou les cos, par quei il a mort receue; et se il le née, il est prest de prover li tot ensi come la court esgardera ou conoistra, que il prover le deie*[2]. Führt der Kläger seine Zeugen vor, so kann sie der Beklagte schelten *(torner)* und der Scheltungsprozess wird durch Zweikampf entschieden. Er kann aber auch, was die Sache noch länger hinausschiebt, einen der Zeugen verwerfen *(rebuter)*, indem er ihm ein Verbrechen vorwirft, das die Zeugenfähigkeit ausschliesst. Der Verwerfungsgrund musste dann mit zwei Zeugen erwiesen werden. In diesem Incidentprocesse konnte der verworfene Zeuge, der nunmehr die Rolle des Beklagten hatte, die gegen ihn vorgeführten Zeugen gleichfalls entweder schelten oder verwerfen und den Zeugenbeweis des Verwerfungsgrundes anbieten. Da nun diese dritte Reihe von Zeugen derselben Gefahr ausgesetzt ist, der verworfene Zeuge die gegen ihn vorgeführten Zeugen stets wieder verwerfen darf, so kann ein solcher Zwischenstreit über die Zeugenfähigkeit sich bis ins Endlose fortschleppen. War es nun an sich schwierig, Zeugen aufzufinden — denn ein Zeugenzwang bestand nicht —, die sich dem *torner* und *rebuter* und hiermit für den Fall des Unterliegens der Todesstrafe aussetzten, so liess die Möglichkeit eines Rekusations- [694]
verfahrens, das stets neue Kriminalklagen aus sich heraus erzeugen konnte, die Durchführung einer Totschlagsklage ungleich aussichtsloser erscheinen als die der Mordklage, die von vorneherein auf Zweikampf gestellt wurde. Das war ohne Zweifel ein Gebrechen des geltenden Rechtes, das den Gedanken an eine Umgehung nahe

[1] Der Zusatz *et doné* etc. war nach Jean d'Ibelin nur fakultativ. Zur Gültigkeit der Klage war er nicht wesentlich. Doch konnte und pflegte er angewendet zu werden, was für die Möglichkeit einer Verwechslung der Mord- und Totschlagsklage von Bedeutung ist. Siehe Jean d'Ib. ch. 91, i. f. Beugnot I 149.

[2] Jean d'Ibelin ch. 93.

legen musste. Man bediente sich daher einer prozessualen Finte, um eine Totschlagsklage in der Form der Mordklage durchzuführen. Der Vorsprecher des Klägers erhob die Klage in folgender Weise: *Sire tel se claime à vos de tel ... qui a tel murtri* et *doné le cop ou les cos, dont il a mort receue, et se il le née il est prest de prover li de son cors contre le sien et de rendre le mort ou recreant* .. Er fügte also der Mordklage copulativ die Worte der Totschlagsklage bei und bot nach den Regeln über die Mordklage den Zweikampf mit dem Beklagten als Beweismittel an. Leugnet dieser, so dass es zum Abschluss des Kampfvertrages kommt, so setzte der Vorsprecher des Klägers an Stelle des *et* ein *ou*. Thäte er das nicht, so würden beide Theile *se metre en faus gages*, sie müssten beide unmittelbar vor dem Kampfe falsche Eide schwören, der Kläger, weil er nicht bloss den Totschlag, sondern auch den Mord beschwört, der Beklagte, weil er nicht bloss den Mord, sondern auch den Totschlag leugnet. Wenn aber jene nachträgliche Verwechslung gelingt, ohne dass der Beklagte sie merkt, so hat der Kläger zu schwören, dass der Gegner Mord oder Totschlag begangen habe, schwört also keinen Meineid und mag getrost die Wahrheit seines Eides auf das Ordal des Zweikampfes stellen. Der beabsichtigte Zweck war hiermit erreicht, der Zeugenbeweis umgangen, die Totschlagsklage konnte in der Form der Mordklage durchgeführt werden. War auch das Urteil auf Zweikampf durch Ueberlistung des Gegners erschlichen worden, so konnte man doch nach der Auffassung jener Zeit erwarten, dass Gott, zu welchem man in jener alternativen Form den Kampfeid schwur, sich in derselben Weise an dessen strikten Wortlaut halten werde [1], wie das die Dingleute bei ihren Urteilen zu thun genötigt waren.

Jean d'Ibelin wirft sich selbst die Frage auf, warum denn der Kläger die Klage nicht von vorneherein alternativ formulieren,
[695] warum erst im Laufe des Prozesses das *et* durch ein *ou* ersetzt werden solle. Das geschieht darum, weil der Gegner bei Beginn der Verhandlung seine volle Aufmerksamkeit anspannt und die Absicht durchschauen könnte, während er später durch das Darreichen des Kampfpfandes erhitzt und aufgeregt die Unterstellung einer andern Silbe leichter übersieht, um so mehr, als er die

---

[1] Beispiele liegen nahe genug. Man denke an die Buchstabeninterpretation, welche dem berühmten Gottesurteile in Tristan und Isolt zu Grunde liegt.

Identität der Klagworte und der darauf bezüglichen Erklärung glaubt voraussetzen zu dürfen.

Leugnet der Beklagte in seiner Antwort den Mord schlechtweg, ohne sich über den Zusatz: *et doné le cop ou les cos dont il a mort receue* zu äussern, so nimmt der Gegner ihn beim Wort und er gilt des Totschlags für überführt, weil er nur die auf den Mord bezüglichen Klagworte geleugnet hat [1].

Durchschaut der Beklagte die Absicht des Klägers, so kann er den zugedachten Streich parieren, indem er sich weigert *de se ensi à lui aerdre,* d. h. auf eine solche Klagformel, die zwei Klagen in sich schliesst, sich einzulassen. Ist er ein *bon plaideor*, so bringt er den Nachweis, dass die Klage falsch und nichtig sei, weil ihre Teile einander widersprechen. Denn an einer und derselben Person könne nicht Mord und Totschlag zugleich verübt worden sein, *murtre et homecide ne pevent estre en un cors.* Der Beklagte geht dann frei aus. Der Kläger wird als sachfällig abgewiesen [2]. *Puisque sa clamor est fauce par l'assise et l'usage dou dit reiaume, celui de qui il s'est clamés, deit estre quitte et delivre vers lui de celle quarelle.*

Aus dem Haften am Worte erklären sich zum Teile die *fuites,* durch die nach den Assises von Jerusalem der Beklagte der rechsförmlichen Einlassung auf die Klagworte auszuweichen sucht. Unter diesen Begriff fallen sowohl Einreden im eigentlichen Sinne als auch schikanöse Kunstgriffe, welche die Entscheidung des Prozesses hinausschieben, die Sache verschleppen sollen. Eine dieser Fuites besteht darin, dass man durch unmerkliches Verrücken des [696] Streitgegenstandes ein schiefes, ein irrelevantes Urteil herbeiführt. Zu diesem Zwecke soll der Beklagte sich in seiner Erwiderung so knapp als möglich an die Worte des Klägers halten. Allein zum Schluss seiner Rede bittet er nicht um ein Urteil wörtlich

[1] Vgl. § 10 der von Marnier unter dem Titel Anciens Usages d'Anjou herausgegebenen Compilatio de usibus et constitutionibus Andegavie: „Il est usaige que toutes les choses qui sont motées (montrées) en cort et demandées, et ne sont deffendues, sont queneus“ und Cout. de Ponthieu (Marnier, Anc. Cout. de Picardie S. 125): Seur le matère dez *cavillations:* Fais proposés, se niés n'est de partie adverse, chil qui l'a proposé, le poet tenir pour approuvé ...

[2] Wohlweislich liess daher der Kläger die Klage in der kopulativen Form durch den Vorsprecher anbringen. Erkennt dieser, dass der Beklagte nicht in die Falle geht, so lässt er sein Wort durch den Mündel bessern.

entgegengesetzt der Urteilsbitte des Klägers, *ne s'aerde pas à lui d'esgart*, sondern er sagt *au poser sur court autre chose que celle que son aversaire aura dite*[1]. Merkt der Gegner, dass der Beklagte in dieser Weise ausweichen will, so verlangt er *qu'il s'aerde à son esgart*[2]. Uebersieht er es, *si passera l'esgart uuit*[3], das heisst, es kann kein Urteil folgen, das dem Kläger frommt und den Prozess vorwärts bringt, weil nur eine der beiden Parteien sich darauf berufen hat[4]. Jean d'Ibelin findet, dass diese *fuite n'est pas belle*[5] und Philipp von Navarra sagt, dass man sie nicht anwenden solle, *se grant besoing ne li feist faire*[6]. Andrerseits ermahnt er den Kläger[7], sich zu hüten, dass nicht er selbst aus Versehen *se mete en esgart qui puisse passer uuit*[8].

Da das Urteil sich stets strenge an den Wortlaut der Urteilsbitte anschliessen musste, so konnte der Beklagte — wollte
[697] er die Sache in die Länge ziehen — über einen und denselben

---

[1] Jean d'Ibelin ch. 34. Vgl. Abrégé du Livre des Ass. de la Cour des Bourg. p. I, ch. 10, Beugnot II 305: . . . et quant il ce vodra pozer sur l'esgart, que il ne ce preigne pas de droit à ce que le clamant a dit, mais que il ce costée et metre ce sur l'esgart. Vgl. Wilken, Gesch. der Kreuzzüge I 389.

[2] Jean d'Ib. ch. 47.

[3] vuyt, vide, vain, inutile. Dupin et Laboulaye, Gloss. s. v. vud. Philippe de Navarre ch. 89. Beugnot I 562. Siehe unten Anm. 8.

[4] Qui se poze sur court en autre dit que en celui de son aversaire, l'esgard passe en vud: Clef Art. 26, und: La court ne deit faire esgart, se l'un des carellanz ne s'aert à l'autre: So der Kläger, welcher verlangt, dass der Beklagte sich an die Sache halte. Jean d'Ibelin ch. 47.

[5] Jean d'Ib. ch. 34.

[6] Phil. de Navarre ch. 89.

[7] Ph. de Nav. ch. 4.

[8] Nicht **nuit**, wie Beugnots Text p. 479 und 562 (Phil. de Nav. ch. 4 und ch. 89) lautet. In Note a zu Phil. de Nav. ch. 4 versucht Graf Beugnot vergeblich die Lesart nuit zu erklären. Les mots „qui puisse passer nuit“ semblent indiquer que le demandeur doit faire tous ses efforts pour empêcher que l'esgart ne soit remis du jour au lendemain. Das Gezwungene und Unpassende dieser Auslegung fühlt Beugnot selbst, allein er findet sich mit seinen Bedenken dadurch ab, dass man in jenem Passus eben nur zu sehen habe le conseil donné au demandeur de presser le jugement de sa requête (!). In Abrégé l. c. einer Stelle, welche gegen Ende wie Beugnot II 305 in Note b sagt: est tirée presque textuellement du Livre de Philippe de Navarre (ch. 3, I 478 und ch. 4, I 497) findet sich die richtige Fassung „passer en vuyt“. Vgl. noch Clef Art. 26, Jean d'Ib. ch. 47 und den italienischen Text bei Canciani, Barb. Leges ant. V 171, Ass. regni Hierosol. c. 70.

Gegenstand eine beliebige Anzahl von Urteilsfragen stellen, falls ihn nur seine *copia verborum* nicht im Stiche liess. Er begehrte nemlich jedes einzelne Urteil *sauf son retenail,* d. h. mit dem Vorbehalte, die Bitte, falls sie verweigert würde, aus anderm Grunde abermals stellen zu dürfen. War er mit einem Urteilsantrag gefallen, so brachte er ihn mit einer kleinen Aenderung des Wortlautes von neuem ein. Hatte er z. B. zu antworten in einer Streitsache, in welcher er von Rechts wegen keinen Anspruch auf *jour de conseil* erheben durfte, so erklärte er trotzdem, den Gang der Verhandlung schikanös verzögernd:

Je viaus aveir jor se la court l'esgarde, por ce que je entens que l'on deit aveir de toz noviaus claims jor, se usage ne le tolt.
Wurde ihm die Frist durch Urteil verweigert, so sagte er:

Je viaus aveir jor se la court l'esgarde, por ce que je entens que l'on deit aveir jor à toz noviaus claims, se costume ne le tolt.
Auch hiermit abgewiesen wiederholte er seine Bitte Wort für Wort mit der Aenderung, dass er diesmal statt *usage* resp. *costume* den Ausdruck *assise* setzte. Geringfügige Umstellung andrer Worte oder Zusätze geben dann den Stoff zu neuen Urteilsfragen, von denen wieder jede durch die Permutation mit *usage, costume* und *assise* verdreifacht werden konnte. Materielle Unterschiede walten zwischen den einzelnen Urteilsfragen in der Regel nicht ob; nur die engbrüstigste Wortinterpretation ermöglichte dieses Spielen und Necken mit Worten, welches die Geduld des Gegners nicht minder auf die Probe gestellt haben mag, als dies Jean d'Ibelin bezüglich des Lesers in ch. 43 thut, wo für Umwandlung einer und derselben Urteilsfrage eine lange Reihe von Mustern aufgespeichert ist. Der Kläger kann übrigens dem Beklagten den Weg solcher Schikane dadurch verlegen, dass er ihm die etwa möglichen Vorwände vor dem Munde wegnimmt und die denkbaren Stichworte alle, die jener in ebenso viele Urteilsfragen verteilen würde, in eine Formel zusammenfassend um ein Urteil entgegengesetzten Inhaltes fragt[1].

Wurde Frist gewährt oder die Sache aus einem andern [698]
Grunde vertagt, ehe der Beklagte sich in den Streit eingelassen,

---

[1] Zum Beispiel que il est uz ou costume ou assise ou reiaume de Jerusalem qui tolt le jor à tel claim. Jean d'Ib. ch. 44. Vgl. oben S. 291 Anm. 4 die Stelle aus Style de Norm.

so mag dieser bei Fortsetzung des Verfahrens verlangen, dass der Kläger seine Klage wiederhole. Recordiert er sie nicht genau so, wie er sie das erstemal vorbrachte, so hängt sich der Gegner an die Aenderung der Worte und begehrt wegen *creissance* oder *changement dou claim*[1] neue Frist. Dieses Recht auf Wiederholung der Klagworte bietet dem Beklagten unter anderem auch den Vorteil, dass der Kläger, der seine Klage zum erstenmale richtig angebracht hatte, bei der Wiederholung vielleicht missespricht und dadurch jenem die Gelegenheit gibt, ihn beim Worte zu fassen[2].

Die Wortinterpretation begründet nach ihrer negativen Seite hin die Anwendung zahlreicher Retenails *(retenue, retenuta)*. Was sich nicht von selbst versteht — und in diesem Rechtsgang versteht sich eben nichts von selber — muss ausdrücklich vorbehalten werden. Nicht durch eigene Triebkraft bewegt sich der Prozess von der Stelle. Die Anträge der Parteien müssen ihn in Bewegung bringen und dann rollt er eben nur soweit vorwärts, als er geschoben wird. Das Prinzip der strikten Auslegung fixiert sozusagen die jeweilige Situation, in welcher die Partei in einen prozessualen Akt eintritt, so dass sie sich, was sie zur Durchführung desselben nötig hat, ausdrücklich vorbehalten muss. Unterblieb der Vorbehalt, so tritt die Fiktion eines stillschweigenden Verzichtes ein, wenn dieser auch nach den Regeln gesunder Auslegung nicht im geringsten in der Absicht der Partei liegen konnte. Ein auffallendes Beispiel bieten die *gages de bataille*. Die Waffen, deren man sich dabei zu bedienen hatte, waren mit ängstlicher Genauigkeit bestimmt. Man sollte denken, dass derjenige, welcher einen Kampfvertrag abschliesst, selbstverständlicherweise sich zum Kampfe in der herkömmlichen und standesmässigen Bewaffnung erbietet. Nach altfranzösischem Prozessrecht hielt man dies anders. In die Formeln, durch welche der Kampfvertrag abgeschlossen wurde, musste auch der Vorbehalt der Bewaffnung mitunter sogar mit Erwähnung der einzelnen Waffenstücke aufgenommen werden[3], wollte man nicht
[699] ohne Waffen kämpfen. Nach dem Stilus Parlamenti wäre der Gentilhomme, der den Vorbehalt der standesmässigen Waffen ver-

---

[1] Jean d'Ibelin ch. 51. Vgl. Stilus Curiae Parlamenti c. 1.

[2] Anc. Constit. du Châtelet Art. 35 [37].

[3] Ordonn. von 1306 bei Du Cange, Gl. II 956. Vgl. Constit. du Chât. Art. 58 [éd. Mortet 60].

gisst, genötigt, zu Fuss *et cum armis unius pugillis* zu fechten. Der Verfasser des Stilus findet diese Bestimmung zu hart, spricht sich gegen deren Anwendung aus, rät aber dennoch um der grösseren Sicherheit willen, die Klausel nicht zu vergessen[1]. Auf den Kampfvertrag bezieht sich auch das *retenail d'avoué.* Zur Durchführung des gerichtlichen Zweikampfes war es nämlich bei gewissen Klagen gestattet, sich einen Vertreter *(avoué)* zu wählen. Sonst liess das Recht nur im Falle der echten Not die Vertretung im Kampfe zu. Stets aber musste bei Abschluss des Kampfvertrages die Stellung des Kämpen vorbehalten werden[2]. Wer diesen Vorbehalt anzubringen vergass, musste, wenngleich ein *homme qui a son essoine*, in eigener Person kämpfen, konnte, *selonc les moz*, keinen Vertreter stellen *(se changier).*

6. Einzelne Formalakte.

Ueber die rechtliche Bedeutung der Form sprechen die Quellen, wie das in ihrer vorwiegend praktischen Methode liegt, nur dort, wo die einzelnen Formalakte des Prozesses zur Sprache kommen. Selbst dann begnügen sie sich in der Regel damit, die Beobachtung der Form einzuschärfen, ohne sich über die Folgen des Formverstosses zu äussern, so dass man mitunter in gegründetem Zweifel sein kann, ob eine eigentliche Formschrift oder nur ein aus Gründen der Zweckmässigkeit erteilter Ratschlag, etwas so und nicht anders zu machen, vorliege. Die Lösung solcher Zweifel wird manchmal nur dadurch möglich, dass man den Zusammenhang untersucht, in welchem die einzelne prozessuale Handlung zu dem Organismus des Prozesses überhaupt steht. Abgesehen hiervon lässt der Einfluss des Formalismus auf die Gestaltung des Ver- [700]
fahrens sich nicht zur vollen Anschauung bringen, wenn nicht die

---

[1] Et sunt qui dicunt haec esse de consuetudine Gallicana. Sed talis consuetudo est nimis aspera quia, licet nihil exprimeretur, tamen videtur *se tacite* obligare ad talia peragenda cum armis, quae ipsum decent secundum statum suum; sed tamen tutius quod nihil omittat. Stilus Curiae Parlamenti XVI, § 10.

[2] Item debet precavere, ut faciat mentionem de advocato, quia si non faceret, per se ipsum oporteret quod duellaret: Stilus Cur. Parl. XVI, § 9. Vgl. ferner Beaumanoir LXI, 3. Li Livres de Jostice et de Plet § 1, XIX, 4. 9. Glanvilla § 5, II, 3.

einzelnen Formalakte in ihrer rechtlichen Bedeutung klar gestellt werden. Aus diesen Gründen dürfte es das beste sein, hier einen Streifzug durch den ganzen Prozess zu machen und nach der natürlichen Aufeinanderfolge einzelne prozessuale Akte herauszugreifen, bei welchen das Formenwesen sich geltend macht. Doch soll damit ebensowenig eine systematische Darstellung des Rechtsgangs, als eine erschöpfende Behandlung seiner Förmlichkeiten geboten werden.

A. Die Klage.

Was den Ausgangspunkt des Verfahrens vor Gericht, die Klage betrifft, so gilt der Satz, dass eine Klage, der ein rechtliches Erfordernis mangelt, nichtig ist. *Qui viout fere sa demende, ne vaut riens sa demende, se ele n'est à droit dite*[1]. Welches sind nun diese rechtlichen Erfordernisse? Im allgemeinen lässt sich nicht behaupten, dass für jede einzelne Klage bestimmte herkömmliche Formeln bestanden hätten, deren Nichtbeachtung die Klage zu Fall brachte. Sie war vielmehr in der Regel schlichte Rede der Partei. Dass ihr Wortlaut im einzelnen durch die Grundsätze des materiellen Klagrechtes bedingt wurde, ist ein Moment, das hier nicht in Betracht kommt. Für gewisse Klagen hat jedoch von Alters her die Notwendigkeit bestanden, bestimmte Stichworte und formelhafte Redewendungen in die Klage aufzunehmen und von da aus ist die weitere Entwickelung auf dem Wege des Herkommens mitunter zur Bildung vollständiger Klagformeln vorgeschritten. Ich nenne solche Klagen förmliche Klagen, da sie eben als eine bestimmte Art des gerichtlichen Angriffes sich vor den übrigen auszeichnen. Allenthalben gelten für förmlich die Duellklagen, d. h. solche, bei welchen der Kläger von vornherein sich auf die Entscheidung der Beweisfrage durch gerichtlichen Zweikampf beruft. Wer eine solche Klage anbringt, doit dire *les moz par quoi bataille i soit*[2], debet dicere *verba duelli*[3], *verba ap-*

---

[1] Li Livres de Jostice et de Plet § 2, II, 14.

[2] Vgl. Li Livres de Jostice et de Plet § 3, XIX, 10. Vergleiche Fügungen wie: et l'en dit que en tex paroles a bataille: l. c. § 2, XIX, 7; et l'en dit que tex moz font bataille: l. c. § 2, XIX, 10; et l'en dit que de tex moz nessent batailles: l. c. § 3, XIX, 22; § 4, XIX, 24; et de tel parole nest bataille: l. c. § 4, XIX, 27.

[3] Somma de legibus . . . Normannie § 7, II, 2.

pellum facientia[1]. In einer anglonormannischen Rechtsquelle wird [701]
der Appell geradezu definiert als *pleynte de homme fete sur autre ovek purpos de ly atteyndre de felonie par motz a ceo ordeyneez*[2]. Im übrigen gehen die einzelnen Coutumes hinsichtlich der formalen Gestaltung der Klagen sehr auseinander. Unter den französischen Territorialrechten ist das der Normandie hierin den übrigen vorangeeilt. Und dieses selbst ist wiederum von seinem Tochterrechte, dem anglonormannischen Rechte in der formellen Individualisierung der Klagen überholt worden. Es kann hier nicht meine Aufgabe sein, alles zusammenzutragen, was sich von formelhaften Klagebestandteilen in den französischen Rechtsquellen vorfindet. Für unsern Zweck werden einige Beispiele genügen.

Für die Mordklage stellt der Verfasser des *Abrégé du Livre des Assises de la Cour des Bourgeois* vier formelle Erfordernisse auf. Der Kläger soll die Leiche des Ermordeten vor Gericht bringen, um daselbst die Todeswunde besichtigen zu lassen. In der Klagformel muss er erklären, dass der Beklagte *a doné les cos à Johan* (dem Ermordeten) *qui là est tout prezent, lequel yl a meurtri desloiaument et felenessement.* Für den Fall des Leugnens erbiete er sich zum Zweikampf mit den Worten: *je suis prest et apareillié de mostrer li de mon cors contre le sien et de rendre le mort ou recreant en une houre dou jour.* Zum Schlusse seiner Klage biete er mit der Formel *vessi mon gage* sein Kampfpfand an. Verfehlt wäre demnach die Klage, wie das *Abrégé* ausdrücklich hervorhebt, 1. wenn der Kläger es unterliesse, die Leiche vor Gericht zu bringen, 2. wenn er vergässe der Wunden zu erwähnen, mögen diese auch noch so ersichtlich sein *(que il n'eust en son clain fait mencion des cos dou murtre, encores fust il aparant).* Sie wäre 3. nichtig, wenn er einfach gesagt hätte, er sei bereit *à prover de son cors si con la court esgardera,* wenn er also betreffend die formelle Durchführung des Beweises sich auf einen näheren Ausspruch der Dingleute berufen hätte *[se couvrir du fait de la court*[3]*].* Ein vierter Nichtigkeitsgrund wäre es, wenn er versäumt hätte, sein Kampfpfand anzubieten. In diesen Fällen könnte der Beklagte,

---

[1] Bracton f. 139 b. Vgl. noch die mouz de la bataille in § 57 der Compilatio de usibus Andegaviae.

[2] Britton (ed. Nichols) I 97.

[3] Abrégé p. II c. 26. Vgl. über die Couverture de court den Abschnitt von den Kautelen unten S. 349 f.

nachdem er den Mord rechtsförmlich geleugnet, geltend machen, [702] dass der Kläger *n'auroit pas porseu son clain si comme il devoit.* Das Gericht müsste dann den Beklagten wegen Mangelhaftigkeit der Klage freisprechen und der Kläger würde wegen *fauce clamour* in die Busse von 7 ½ *sous* verurteilt.

Nach normannischem Rechte musste jeder Klage, die an Leib oder Leben ging, die Klausel beigefügt werden, dass die Unthat, über die man klagte, geschehen sei *cum felonia in pace Dei et ducis*[1]. Nichterwähnung der Felonie oder des Bruches des herzoglichen Friedens machten den Kläger sachfällig. Auf demselben Standpunkte steht das anglonormannische Recht. Nach Bracton[2] *cadit appellum, si non fiat mentio de pace domini regis* und *nullum appellum, nisi fiat mentio de felonia facta.* Auch nach Britton kann der Appell vom Beklagten als nichtig angefochten werden bei Hinweglassung der „Felonie", *pur le omissioun de nostre pes enfreynte*[3] und ausserdem *pur le omissioun de autre parole de la substaunce del apel*[4]. So wäre es z. B. ein Grund für die Hinfälligkeit des Appells, wenn jemand sagen würde: *ceo vous mostre Jehan* statt *Jehan apele.* Ein Appell ohne das Wort *apeler* war ebensowenig möglich, als heute jemand einen gültigen Wechsel ausstellen kann, ohne das Wort Wechsel zu gebrauchen.

Wer nach dem Rechte von Orleans wegen „roberie" klagen wollte, musste *le voir et le savoir* in die Klage aufnehmen, d. h. er musste behaupten, dass er die That gesehen oder den Beklagten im Besitze der geraubten Sache gefunden habe. Wurden diese Worte vergessen, so konnte der Beklagte erwidern: *Come cil ne die mie de savoir ne de voer . . ne ne die mie qu'il m'ait veu sési de la chose . . je ne li voil respondre, se droiz n'est.* Die Klausel *se droiz n'est* ist Kautel, um sich vor den Folgen unbedingter Verweigerung der Antwort zu schützen. Rechtens ist, dass in solchem Falle der Beklagte auf die Klage nicht zu antworten braucht[5].

Die Aufstellung des Klagvorwurfs an sich genügte nicht zu einer vollständigen Klage. Wie dies für die Mordklage schon aus

---

[1] Somma de leg. Norm. § 6, II 8.

[2] Bracton f. 141.

[3] Ueber das Erfordernis des sächsischen Rechtes, in die Zweikampfklage das Moment des Friedensbruches aufzunehmen, vgl. Siegel, Gefahr S. 9 ff.

[4] Britton bei Nichols I 111.

[5] Li Livres de Jostice § 3, XIX, 11.

der oben angeführten Stelle des Abrégé hervorgeht, musste der [708] Kläger sich zugleich bereit erklären, dass er die Klagthatsache beweisen werde, falls der Beklagte sie leugnen würde. Nach dem Livres de Jostice et de Plet erhielt die Klage in der Regel folgende Schlussformel: *s'il le conoist, biau m'en est; s'il le nie, je sui prez dou mostrer et de l'avérer* ...[1] Bei Duellklagen musste der Beweis *en champ et par bataille* ausdrücklich angeboten werden. Sonst genügte häufig die Erklärung, dass man beweisen werde; über das Wie, konnte man sich auf das Urteil der Cour berufen. — Das normannische Recht kennt eine Form von Klagen, bei welchen der Kläger von vornherein mit einem Zeugen auftreten muss[2]. Die Wissenschaft dieses Zeugen bot er nicht in eigener Rede an. Hatte er den Klagvorwurf erhoben, so musste im Anschluss an die Klagworte der Zeuge deren Wahrheit versichern. Wenn z. B. der Kläger klagte: *Ego queror de Titio, qui ... in facie me percussit*, so fiel sofort der Zeuge ein: *hoc est verum, vidi et audivi et esgardium curie super hoc facere sum paratus*. Durch diese Aeusserung des Zeugen ist übrigens der Verteilung der Beweisrolle nicht präjudiziert; sie bildet nur ein formelles Erfordernis der Klage. Würde der Zeuge in seiner Erklärung das *vidi et audivi* oder das Angebot *se esgardium curie super hoc facturum* hinweglassen, so wäre der Kläger mit seiner Klage gefallen[3]. Die genannte Formel kommt zur Anwendung bei den *actiones simplices*, d. h. jenen Klagen, welchen der Beklagte mit seinem durch Eideshelfer unterstützten Reinigungseide, *per disresinam*[4], entgehen kann. Eine andre Formel

[1] l. c. § 1, XIX, 3; 1, XIX, 8; 2, XIX, 10; 4, XIX. 24.

[2] Sciendum ... quod quocienscunque huiusmodi querele inter pares deducuntur, actor testem habere tenetur vel decidet a querela. § 9, Somma II, 63. Vgl. § 6 der Compilatio de usibus Andegaviae.

[3] § 6, Somma II, 19, § 4; 5, II, 18.

[4] Der Umstand, dass der Kläger die Klage mit einem Zeugen erhebt und trotzdem der Beklagte zur disraisina gelangt, gibt dem vielcitierten Satze in § 1, Somma II, 63: Et quoniam facti proprii unusquisque presumitur scire melius ueritatem, desresina de facto, quod ei obiicitur, conceditur insecuto, erst sein volles Verständnis. Gegen eine zeugnislose actio simplex bedarf der Beklagte in der Regel nicht einmal der Disresina, er braucht auf eine solche gar nicht zu antworten. Vgl. § 5, Somma I, 64 und § 9, II, 63, ausserdem Marnier, Établissements et Coutumes de l'échiquier de Normandie S. 45, de response. Will der Beklagte sich nicht losschwören, so kann er den Eid des Zeugen verlangen. Établ... de Norm. S. 29; Konrad Maurer, Beweisverf. nach deutschen Rechten in Kritische Ueberschau V 350.

[704] lautet: *hoc vidi et audivi et paratus sum probare ad esgardium curiae.* Der Zeuge muss sie anwenden in *grossis querelis*, nämlich bei Klagen, in welchen auf gerichtlichen Zweikampf erkannt wird. Was von der Formel der schlichten Klage mit Zeugen, gilt auch von der Formel der grossa querela. Jede Aenderung oder Hinweglassung würde die Klage wirkungslos machen[1].

War jemand mit seiner Klage, sei es wegen Formfehlers, sei es aus einem andern Grunde, gefallen, so trat das Sprichwort in Geltung: *fautes valent exploits.* Der Beklagte wurde von der Verpflichtung, auf die Klage zu antworten, für immer losgesprochen, vorausgesetzt, dass er den Formfehler des Gegners geltend zu machen gewusst. Dieser kann nicht etwa später in derselben Sache eine verbesserte Klage einbringen; er würde damit trotz Aenderung des Klaggrundes nicht mehr gehört werden. Denn *secundum consuetudinem Francie, ex quo aliquis cadit a peticione sua secundum unum modum petendi, postmodum per alium modum petendi . . . non debet audiri*, ein Satz, welchen das Pariser Parlament in einem Urteile vom Jahre 1260 aussprach[2].

B. Die Antwort.

An die Worte der Klage schliesst sich mit peinlicher Genauigkeit die Antwort[3] des Beklagten an. Soweit im Rechtsgang das strenge Recht in Kraft geblieben, konnte der Beklagte die Klage nur Wort für Wort den Klagworten entsprechend negieren[4]. Jede Discrepanz zwischen den Worten seiner Entgegnung und den Worten der Klage hätte ihn zu Fall gebracht.

Am entschiedensten wird das Erfordernis der Kongruenz von Antwort und Klage in den normannischen Rechtsquellen hervor-

---

[1] § 5, Somma I, 64.

[2] Olim I 470, nr. 6 [vgl. Coke, Instit. II 316: the appeal being once abated, never any other appeal could be brought afterward].

[3] Schäffners Behauptung in RV. Frankr. III 511: In den Zeiten des Feudalrechts war hierfür (für die Antwort) ebensowenig eine bestimmte Form vorgeschrieben als für die Klage, ist in ihrer Allgemeinheit bezüglich ihrer beiden Teile unhaltbar.

[4] Vgl. für den altdeutschen Prozess Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens S. 226 ff.; über die Herrschaft dieser Regel im gleichzeitigen Prozessrecht Deutschlands Siegel, Gefahr S. 11.

gehoben. Nach den *Statuta et Consuetudines Normannie*[1] war der Beklagte, der sich gegen eine Klage *de hereditate disforciata* ver- [705] teidigte, genötigt, Wort für Wort zu widersprechen. In der Sammlung der Urteile des normannischen Echiquier[2] findet sich ein Rechtsstreit über eine Friedensbruchklage vom Jahre 1213, in welchem der Beklagte *negavit verbo ad verbum et optulit se defendere sicut debebat*[3]. Die *Somma de legibus* hebt bei Erörterung der einzelnen Kriminalklagen das wortweise Ableugnen des Beklagten in der Regel ausdrücklich hervor[4]. Ein ähnlicher, wenn auch minder peinlicher Formalismus waltete bei den schlichten Klagen des normannischen Rechts. So hatte z. B. auf die oben S. 309 ausgeschriebene Klagformel der Beklagte zu antworten: *Istam lesionem tibi non feci et iste, qui super hoc testem se constituit, nec vidit nec audivit, quod paratus sum desresnare.* Er musste also einmal die Klagthatsache bestreiten, aber ebenso die Aeusserung des Zeugen, die ja einen notwendigen Bestandteil der Klage bildete. Hätte er letztere bei der Antwort nicht berücksichtigt, so wäre er damit gefallen, wenn gleich die Erklärung, eine That nicht verübt zu haben, als selbstverständlich in sich schliesst, dass der Zeuge davon nichts gehört und nichts gesehen habe[5].

Das wortweise Leugnen der Klage schloss für den Beklagten keine geringe Gefahr in sich, zumal dann, wenn er auf die Klage — wie dies in peinlichen Sachen der Fall war — ohne allen Verzug antworten musste. Aus dieser Erwägung ging die Einrichtung hervor, dass man den Beklagten zweimal antworten liess, zuerst formlos und dann nach vorausgegangener Beratung mit Freunden und Helfern in der durch das strenge Recht vorgeschriebenen Weise. Eine solche Unterscheidung von formloser und formeller Antwort

---

[1] Warnkönig, Franz. Staats- und Rechtsgesch. Urkundenbuch II 43 [Cout. de Normandie ed. E. Jos. Tardif I 95]: Ad quod tenens tenetur negare et respondere negative verbo ad verbum.

[2] Delisle, Recueil de Jugements S. 29, nr. 113.

[3] Das Urteil lautet auf Beweisführung per Dei iudicium ferri candentis.

[4] Sequela de multro § 1. Somma II, 2: T. autem hoc deneget verbo ad verbum. — De roberia et assaltu § 2, Somma II, 4: alio se defendere offerente super hoc verbo ad verbum negante. — De treuga fracta § 3, S. II, 5: defensore autem verbo ad verbum denegante vadia recipienda sunt. — De traditione principis § 2, S. II, 6: alio autem negante verbo ad verbum vadia recipienda sunt. Und öfter.

[5] § 7, Somma II, 18.

macht schon ein Privilegium, welches die Grafen Guido und Ivo von Amiens in den Jahren 1091—1095 der Grafschaft Amiens [706] gegen die Bedrückungen der *vicecomites* verliehen [1]. Wurde jemand wegen Diebstahls beklagt, so war er befugt, den Diebstahl sofort auf die Klage hin *absque circuitu verborum* zu leugnen. Nachdem er hiermit dem Erfordernis unverzüglicher Antwort genügt hat, soll der Vicecomes ihm erlauben, ein Gespräche zu halten, und erst nach gepflogenem Gespräche ist er verpflichtet, in rechtsförmlicher Weise *verbis utens, quae ad rem pertinent,* auf die Klage zu antworten.

Eine ähnliche Scheidung findet sich auch in einem Arrêt des Pariser Parlaments von 1286 angedeutet [2]. Es handelt sich um eine peinliche Klage (wegen Bruchs des *asseurement*[3]). Der Beklagte *statim negata prodicione et pravitate* zieht sich zurück, um ein Gespräch zu halten. Indessen entspinnt sich ein Kompetenzstreit. Der Vertreter des Grafen von Artois erhebt in dessen Namen Anspruch auf die Judikatur des Prozesses. Der Beklagte *bene retinebat respondere quantum de iure deberet in curia ista (regis)* für den Fall, dass der Graf von Artois mit seinem Kompetenzanspruche nicht durchdringen sollte. Aus diesem Vorbehalte rechtsförmlicher Antwort erhellt, dass jenes *statim negare* nicht als solche betrachtet wurde. Auch wäre nach erteilter Antwort *(le plet entamé)* eine derartige Intervention eines angeblich Jurisdiktionsberechtigten nicht mehr zulässig gewesen [4].

Auch in der Normandie hatte der Beklagte jenes Recht. Wenigstens hebt es die *Somma de legibus Norm.* bei der *sequela assaltus et (de) fracta pace* ausdrücklich hervor [5]. *Appellatus debet negare nequiciam* [6] *in clamore expositam et petere licenciam consulendi et si habito consilio verbo ad verbum factum negaverit, vadia sunt recipienda.* Es war also auch hier dem Beklagten gestattet, zuerst formlos zu leugnen, sich hierauf mit den in der Nähe anwesenden Helfern zu beraten und erst dann die Klage Wort für

---

1 Thierry, Monuments de l'histoire du Tiers État I 22.

2 Olim I 737, nr. 31.

3 Vgl. Stein-Warnkönig, Fr. St. u. RG. III 197 ff.

4 Vgl. Beaumanoir VII § 21: On doit savoir que responses sont plet entamé, por quoi li sires ne rent pas se cort.

5 § 4, Somma II 8.

6 Vgl. das negata prodicione et pravitate in dem oben erörterten Arrêt.

Wort zu leugnen. Bei schlichten Klagen war eine formlose Negation nicht nötig; der Beklagte brauchte überhaupt erst nach [707] ausgeübter *licencia consulendi* zu negieren[1].

Eine weitere Erleichterung, die zu Gunsten des Beklagten eingeführt wurde, bestand darin, dass man ihm erlaubte, anstatt der wortweisen Negation einfach zu sagen: ich widerspreche das, was der Kläger vorgebracht hat, Wort für Wort. Die *Statuta et Consuetudines* der Normandie enthalten eine interessante Mitteilung[2] über eine derartige Beschränkung des Formalismus in den Gerichten der herzoglichen Lehnsleute[3]. Es sei, so lautet der Bericht, dem Seneschall der Normandie[4] geklagt worden, dass die Dingleute in den Gerichten der *milites*, die Ordnung des Rechtes verdrehend, unschuldige Leute in die *misericordia* des Gerichtsherrn setzen und dem Gerichtshofe Busse zahlen lassen. Wenn nämlich der Beklagte nicht Wort für Wort auf die Worte der Klage[5] antworte, oder die Disraisina, den Reinigungseid, anzubieten vergesse, verurteile man ihn, *quod in misericordia esset domini curie*[6]. Um diese Härte

---

[1] § 6. 7, Somma II, 18.

[2] Warnkönig a. O. II 26 [éd. Tardif I 53]. Marnier, Établissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'échiquier de Normandie au treizième siècle (1207 à 1245) S. 45, De Response. [Ueber den Charakter dieser Rechtsquellen habe ich mich Anglonormann. Erbfolgesystem 1869, S. 55 ff. ausgesprochen. E. Jos. Tardif hat sie 1881 als Très ancien Coutumier de Normandie im ersten Bande seiner Coutumiers de Normandie herausgegeben.]

[3] Die Fälle der placitum spadae sind als herzogliches Reservat von der Jurisdiktion der milites ausgeschlossen, daher das hier Gesagte keinen Schluss auf die Behandlung der hohen Kriminalfälle gestattet.

[4] Es ist wohl Guillaume Fils-Raoul gemeint, [der mehr als 20 Jahre Seneschall der Normandie war, vermutlich in den Jahren 1190—1194 etliche Reformen einführte und am 9. Juni 1200 starb. Vgl. Tardif, Coutumiers de Normandie I, p. LXX u. S. 105 f.].

[5] mot à mot à toutes les paroles. Marnier l. c.

[6] Die Verurteilung in misericordiam begründet in der Regel eine arbiträre Vermögensstrafe, amerciament. Der Verurteilte ist in Bezug auf sein bewegliches Vermögen en merci, dongier, dans la volonté du seigneur. Im Laufe der Zeit haben sich für die verschiedenen Stände fixe Sätze ausgebildet. Für die Normandie vgl. Stat. et Cons. de emendis, Warnkönig a. O. II 21 [éd. Tardif I 45]. Die misericordia spielt im normannischen Rechte eine bedeutendere Rolle, als Gneist, Das englische Verwaltungsrecht (Berlin 1867) I 172 anzunehmen scheint. Wie man aus Delisles Recueil entnehmen kann, ist sie regelmässige Folge der Sachfälligkeit pro falso clamore des Klägers, pro iudicio exspectato von seiten des Beklagten; sie tritt ein pro recordatione

[708] abzuschaffen verfügt der Seneschall, dass es genüge, wenn der Beklagte sofort auf die Klage hin, ohne ein Gespräch zu halten [1], alles, was der Kläger vorbrachte, widerspricht, *jà soit ce que il ne respont pas mot à mot à chascune parole.* Es solle hinreichen, wenn er antwortet: *ego pernego per eadem verba, per que me reptatis* [2], ohne diese Worte alle einzeln anzuführen. Zudem solle die Negation der Klage das Angebot des Reinigungseides schon in sich schliessen. *Si negat, offert iam disraisnare et bene respondet, licet expresse non dixerit se disraisnare.* Hat jedoch der Beklagte auf die Klage hin um Consilium gebeten, den Platz verlassen und Gesprächs gepflogen, dann *bene debet ad singula verba accusantis respondere et ea rememorare, vel in emendatione curie remanebit* [3]. Der strenge Formalismus wird also, so weit die Kompetenz der Curia militum reichte, nur mehr für den Fall der Befragung des Conseils aufrecht erhalten. Wenn der Beklagte darauf verzichtet und sofort antwortet, kann er die wortweise Entgegnung vollständig umgehen. Uebrigens enthält unser Bericht einen Zusatz, in welchem offenbar der Verfasser der Kompilation — denn als eine solche haben wir die *Statuta et Consuet. Normannie* anzusehen — seine subjektive Ansicht über die angeordnete Beschränkung des Formalismus ausspricht. Derjenige, welcher als Beklagter *mot à mot à chascune parole* antworte und die Disraisina ausdrücklich anbiete, sei ein *bons pledierres*, eine Aeusserung, die eine Geringschätzung gegen diejenigen in sich schliesst, die von der gedachten Erleichterung Gebrauch machen.

exspectata und in vielen anderen Fällen, welche aufzuzählen hier nicht der Ort ist. Vgl. Delisle, Des revenus publics en Normandie l. c. und in den Grands Rôles die Rubriken de misericordiis. Begrifflich findet sich das Amerciament schon in den Kapitularien, so in § 7, Cap. Pipp. von 754 oder 755, Pertz 31 [Cap. I 32] wegen unbefugter Reklamation einer major persona. „In regis arbitrio erit." Mit dem Königsbann ist das Amerciament nicht zu verwechseln, wenn es auch manche Bannfälle absorbiert hat. In den eig. franz. Rechtsquellen findet sich das „en merci le roy" neben der alten Bannbusse von 60 solidi und ihren Bruchteilen. Eine eingehende Untersuchung über Entstehung und Ausdehnung des Amerciaments wäre für die Geschichte der Gerichts- und Polizeigewalt von höchster Bedeutung.

[1] [(sine) consilio et incontinenti, éd. Tardif I 54]

[2] reptare, hier so viel wie klagen.

[3] et (se) il se part del lieu et se va consellier, il doit respondre mot à mot et recorder toutes paroles à l'acuseeur et respondre i, ou il remaindra en l'amande de la cort. Marnier S. 45 f.

Eine generelle Negationsformel legt die *Somma de legibus* dem Beklagten gegen die Klage *de hereditate disforciata* in den Mund: *Hec omnia ei denego verbo ad verbum nec eius testis vidit nec* [709] *audivit, quod paratus sum defendere ad esgardium curie*[1].

Auf demselben Standpunkte stehen, selbst bezüglich der kriminellen Duellklagen bereits die Assises der Haute Cour von Jerusalem. Das *desmentir mout à mout* wird von Jean d'Ibelin bei den einzelnen Kriminalklagen als ein Erfordernis der Antwort in der Regel ausdrücklich hervorgehoben[2]. Aus den Antwortformeln, die er gelegentlich mitteilt, ist aber zu entnehmen, dass die Wendung: ich leugne Wort für Wort, für genügend erachtet wurde. Zum Beispiel: *Sire, la trayson il defent* (so spricht der Vorsprecher) *et née mout à mout, si come il li met sus et le desment tot mout à mout*[3]. Auf die Mordklage antwortet der Vorsprecher im Namen seines Mündels: *Sire tel . . née et defent mout à mout le murtre et les cos que tel li met sus . . .*[4].

Im anglonormannischen Rechte lässt sich die Auflockerung des ursprünglichen Formalismus in ähnlicher Weise verfolgen. Glanvilla[5] verlangt, dass der Beklagte dem Kläger die Worte der Duellklage negiere, *de verbo in verbum sicut versus eum ostendit.* Das dürfte wohl noch von Aufnahme der einzelnen Klagworte in die Antwort zu verstehen sein. Zweifellos genügt die Negation in Bausch und Bogen zur Zeit Bractons, der uns folgendes durch seine ängstliche Fassung auffallende Formular einer Antwort bietet: *defendit (appelatus) omnem feloniam et pacem domini regis infractam et quicquid est contra pacem domini regis et mortem et omnia quae*

---

[1] § 16, Somma II, 64.

[2] Klage wegen fei mentie: et après (deit) faire dire par son conseill et desmentir le mout à mout. Jean d'Ibelin ch. 100. — Wegen Friedensbruch: et quant l'autre vodra respondre, il le doit desmentir mot à mot et dire que il née et deffent tout ce que il li a mis sus. Abrégé p. II, ch. 30, Beugnot II 343. — Bei Duellklagen überhaupt: et se l'aversaire fait que sage, il neera et defendra ce que l'on li met sus et desmentira l'apeleor mout à mout de quanque il aura dit de lui. Jacques d'Ibelin ch. 17.

[3] Jean d'Ibelin ch. 98, Beugnot, Ass. I 162.

[4] Jean d'Ib. ch. 91. Vgl. noch Jean d'Ib. ch. 104 (wegen rapine): Sire, je née et defent mout à mout ce que tel me met sus et l'en desment mout à mout. . .

[5] § 3, lib. II, cap. 3. Vgl. Gundermann, Ueber die Einstimmigkeit der Geschwornen S. 154 ff.

versus ipsum proponuntur et totum de verbo in verbum secundum quod contra ipsum proponitur[1]. Bei Britton wird der Beklagte [710] in Bezug auf die Beobachtung der Form dem Kläger gegenüber grundsätzlich begünstigt. Der Kläger soll es nötiger haben als der Beklagte, seine Worte richtig zu setzen, ohne etwas wegzulassen, damit seine Rede vor dem Rechte bestehe. Dem Beklagten werden dagegen Erleichterungen zugestanden, die freilich nur die peinliche Härte des durch sie beschränkten Formalismus in grelles Licht setzen. Es soll ihm gestattet sein, *qe il defende les motz de la felonie en gros*. Er soll, wenn er in einem Worte oder in einer Silbe fehlt, *(par defaute de mot ou de sillabe)* deshalb nicht für *„non defensus"* erklärt werden. Endlich wird der Gefahr für den Beklagten die Spitze dadurch abgebrochen, dass er in Fällen, wo es ihm an das Leben geht, auch dann nicht für überführt gilt, wenn er wegen eines entscheidenden Formfehlers oder sonst aus einem Grunde mit der Antwort fällt, *non defensus* ist[2]. Hat er in solchem Falle die fehlerhafte Antwort mit eigenem Munde gegeben, so soll die *penaunce*, *peine forte et dure*, über ihn verhängt werden, so lange, bis er sich mit einer bessern Antwort vorgesehen hat. Jedenfalls ein drastisches Mittel, den Parteien die Achtung vor der Form einzuimpfen, denn die *penaunce* bestand darin, dass man barfuss, ungegürtet, entblössten Hauptes Tag und Nacht ohne Unterbrechung auf der nackten Erde des Gefängnisses in Ketten zubringen musste und abwechselnd einen Tag nichts als Brot, den andern nichts als Wasser zu geniessen erhielt[3].

Die formelle Natur der Antwort zeigt sich unter andrem in dem scharf hervortretenden Gegensatze zur Einrede. Eine solche wurde nicht als *response* im technischen Sinne betrachtet. Soweit nicht, wie bei Kriminalklagen, das Erfordernis sofortiger Klagbeantwortung bestand, mussten die Einreden vorgebracht werden, ehe der Beklagte sich auf die rechtsförmliche Antwort eingelassen und ehe etwa die Dingleute auf Begehren des Klägers geurteilt,

---

[1] Bracton f. 138b. Fleta 34: omnes articulos sibi impositos in appello negare debet seriatim de verbo ad verbum. Vgl. Britton I 101.

[2] Britton I 101. Vgl. Biener, Das englische Geschwornengericht (Berlin 1852) I 112, und Gundermann, Einstimmigkeit a. O.

[3] Britton I 26. Vgl. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Prozesses und der Geschwornengerichte (Leipzig 1827) S. 296 ff.

dass die Antwort gegeben werden solle [1]. Die Einreden erscheinen demnach, von ihrer formellen Seite betrachtet, nur als Mittel, um [711] einer rechtsförmlichen Antwort auszuweichen, als *fuites,* während die Antwort selbst nur strikte Negation oder Affirmation der Klage sein kann. Trotz der schwankenden Terminologie der Quellen fehlt es nicht an deutlichen Belegen für die Scheidung von Einrede und Antwort. Nach dem Sprachgebrauche der Olims erklärt der Beklagte, welcher der Klage eine Einrede entgegensetzt, dass er nicht verpflichtet sei zu antworten . . . *Dominus Castri-Radulphi post multa erramenta respondit, quod non tenebatur super hoc . . . Petro respondere,* weil er in mehr als dreissigjährigem Besitze des Streitobjektes sei (Arrêt von 1260 [2]). Dem entsprechend lautet das Urteil des Parlaments entweder, dass der Beklagte verpflichtet sei zu antworten . . . *iudicatum fuit, quod non obstantibus ab ipsa comitissa propositis respondere tenebatur super hoc mercatori predicto* (Arr. v. 1272 [3]), oder dass der Beklagte nicht zu antworten brauche, der Kläger mit seinèr Klage nicht anzuhören sei . . . *quod ipsi maior et iurati super hoc non debebant audiri* (Arr. v. 1265 [4]), . . *dictum fuit eidem Johanni, quod nichil dixerit, per quod milites exinde debeant respondere* (Arr. v. 1259 [5]), . . *quia dominus rex tenuit ipsum alnetum per 50 annos . . determi-*

[1] Mit Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, halte ich die wortweise Uebereinstimmung von Klage und Antwort für ein Erfordernis des altdeutschen Prozesses, auf welches die besprochene Einrichtung des franz. Rechtes deutlich zurückweist. Durch die oben erörterte Stelle aus den Établissements der Normandie, in welchem Lande salisches Recht sich am kräftigsten und reinsten erhielt, wird meines Erachtens Siegels Ansicht in durchschlagender Weise bestätigt. Wenn die Antwort, wie das jene Norm zur selbstverständlichen Folge hat, ihrem Inhalte nach nur ein volles Ja oder ein volles Nein sein konnte, so ergibt sich hieraus wiederum von selbst, dass eine Einrede in der Antwort nicht Platz fand. Die Rolle, welche im altfranzösischen Prozess das Urteil auf Antwort spielt, kam im salischen Verfahren dem Tangano zu. Was ich, Zeugen- und Inquisitionsb. [oben S. 128], behauptete, nämlich dass das Tangano jede Einwendung im technischen Sinne ausschloss, glaube ich daher mit Grund gegen den Widerspruch, den Sohm, Prozess der Lex Salica 1867, S. 143, Anm. 2 erhebt, aufrecht halten zu müssen. [Zustimmend Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung I 139, Anm. 108.]

[2] Olim I 502, nr. 28.

[3] Olim I 914, nr. 81.

[4] Olim I 607, nr. 14.

[5] Olim I 455, nr. 19.

natum fuit, quod non tenetur ipsis monialibus super hoc respondere (Arr. v. 1260 [1]).

Anders stellte sich das Verhältnis von Antwort und Einrede, wenn jemand vor Gericht wegen eines Verbrechens (*vilain oeuvre*) [712] angeklagt wurde. Der Beklagte musste in solchem Falle die Klage ohne Verzug leugnen, widrigenfalls er für überführt galt, eine Norm, die auf der Voraussetzung beruhte, dass der wahrhaft Unschuldige durch das Gefühl seiner angegriffenen Ehre gedrängt werde, gegen den Vorwurf des Klägers ohne Zaudern Widerspruch zu erheben. Soweit überhaupt Einreden zulässig waren [2], konnten sie nur nach der Antwort oder höchstens zugleich mit der Antwort vorgebracht werden. Nach dem Abrégé soll der Beklagte eine in der Form fehlerhafte Klage rechtsförmlich beantworten und sein Kampfpfand anbieten. Erst dann soll er die Mängel der Klage geltend machen und auf Grund derselben seine Lossprechung verlangen [3]. Beaumanoir [4] lässt den Beklagten, wenn er glaubt, dass der Appell unstatthaft sei, die Gründe dafür anführen. Zugleich aber *doit dire que se drois disoit, que ses resons ne fussent pas bones, par quoi li gage n'i fussent, si met il jus* [5] *toute vilaine oevre et nie le fet proposé contre li.* Trotz der Einrede wird die Antwort vorgebracht für den Fall, dass man erstere für unbegründet halten würde. Vollständig hat man sich vom ursprünglichen Gesichtspunkte entfernt, wo man sich damit begnügt, dass der Beklagte mit der Einrede den Vorbehalt künftiger Antwort verbinde. So *Li Livres de Jostice et de*

[1] Olim I 492, nr. 9. Vgl. noch Li Livres de Jostice 1, XVI 2.

[2] Einreden, die ein Geständnis der That, aber ein Leugnen der Schuld zur Voraussetzung hatten, die aus der mangelnden Beziehung des Willens zum eingetretenen Erfolge hergenommen wurden, konnten als Negation der Klage zur Geltung kommen, wenn Worte wie nequitia, pravitas, felonie, trahison u. dgl. die verbrecherische Absicht betonende Ausdrücke notwendige Bestandteile der Klagformel bildeten. [Vgl. Coke II Inst. 316: the defendant in the appeal (of murder) cannot justifie the death „se defendendo", but must plead not-guilty.]

[3] Abrégé p. II, ch. 26. Ebenso folgt in Jean d'Ib. ch. 91 die Einrede auf die Negation. [Britton I 102: et cum il avera suffisauntment defendu le gros del apel, si se pora il eyder par excepciouns.]

[4] LXI, 5. Vgl. Loysel, Institutes coutumières (ed. Dupin et Laboulaye) II 187.

[5] nicht sus, wie das Citat bei Loysel a. O. hat, das gäbe keinen Sinn. Jus: en bas, dessous, Du Cange VII 211, Dupin und Lab. Gloss. s. h. v. Metre jus, hier so viel wie von sich weisen.

Plet[1] bei der Klage wegen Roberie. Nachdem der Beschuldigte die Einrede vorgebracht, erklärt er: *par tant m'en voil passer; et se par tant ne m'en past, plus en dirai, tant que tort ne m'en prendra.*

Wer eines Verbrechens beschuldigt wurde, durfte sich nicht von seinem Platz hinwegbegeben, ehe er geantwortet, wenn er nicht sachfällig werden wollte. *Cil qui est apelés ne se doit partir de devant le juge, devant qu'il a respondu à l'apel*[2]. Nach strengem Rechte [713] durfte er nicht einmal um ein Gespräche bitten, der Richter ihm ein solches nicht gestatten, ehe er nicht auf die Klage hin sich geäussert hat. Gerade dieses Erfordernis hat ja die oben beschriebene Scheidung von formloser und formeller Antwort hervorgerufen. Dort, wo man dem Beklagten vor jeder Antwort auf seine Bitte hin das Gespräch gewährte, hielt man den ursprünglichen Grundsatz doch für den Fall fest, wenn er ohne Erlaubnis des Gerichtes sich entfernte. Würde er eigenmächtig seine Freunde und Helfer aufsuchen, um mit ihnen die Sache zu besprechen, so gälte er der Klage für überführt. Dies bestimmen unter anderem die *Constitutions du Châtelet*. Der Beklagte hat sich ohne richterliche Erlaubnis zu seinen Konsulenten zurückgezogen. Nach gepflogener Beratung kehrt er wieder und will antworten. Dem widersetzt sich der Kläger und bittet, dass man den Beklagten auf seine eigenmächtige Entfernung hin gleichwie einen Geständigen richten möge. *Come tel s'est départis de devant vous et sanz respondre à ma demande et sanz congié demander de vous et ore revient — li demanderes doit requerre au juge*[3] *que il tiegne sa demande por confessée et que vous la mettez à exécucion ou droit, se vous le devez fere*[4].

Dieser Formalismus ist namentlich dann gefährlich, wenn jemand, ohne vorgeladen zu sein und ohne vorher von der Klage zu wissen, während zufälliger Anwesenheit vor Gericht belangt wird. Einen anziehenden, hierauf bezüglichen Rechtsfall erzählt Beaumanoir XXX, 94. Peter findet den Hans vor Gericht. Ohne ihn früher vorgeladen zu haben, erhebt er in Form Rechtens eine Zweikampfklage. Hans nimmt sich nicht in acht, antwortet, dass er Freunde und Ratgeber aufsuchen werde und unterlässt es un-

---

[1] § 3, XIX, 11.

[2] Beaumanoir l. c. Vgl. Leges Henrici primi c. 47.

[3] Der Verfasser fällt aus dem Satzbau.

[4] A. C. du Chât. de Paris Art. 30 [éd. Mortet 31].

klugerweise, den Richter wegen seiner Entfernung um Erlaubnis zu bitten. So begab er sich denn auf eine Stelle innerhalb der Schranken *(ala à une part du porpris)* und sprach mit seinen Freunden. Hierauf kehrte er zurück, um zu antworten. Da behauptet nun der Kläger, er sei überführt, weil er sich vom Richter entfernt habe, und bittet um ein Urteil. *Il fut jugié que Jehans ne seroit pas condampnés de si vilain cas (traïson) por si petite negligence.* Zu Beaumanoirs Zeiten war der strenge Formalismus
[714] in Beauvoisis schon vielfach abgeschwächt worden. Er stand nicht im Einklang mit den modernen Grundsätzen, welche damals durch das Auftreten der königlichen Beamten [1] sich in Frankreich Bahn zu brechen begannen. Die Urteilfinder, die im ausserordentlichen Strafverfahren gewohnt waren, auf die durch „*aprise*“ gewonnene innere Ueberzeugung der Schuld hin zu urteilen, mussten, wenn eine formelle Klage vorlag, unwillkürlich Scheu empfinden, wegen irgend eines kleinen Formfehlers auf „schuldig“ zu erkennen. Der Grundsatz der Billigkeit, welchen die Praxis zuerst ausnahmsweise zur Anwendung brachte, ist aber erst spät und nach zähem Widerstande in die Theorie eingedrungen. Noch Philipps Ordonnanz über den Zweikampf von 1306 bestimmte [2]: *que se aucune des parties se despartoit de nostre Cour après les gaiges jettez et receuz sans nostre congié, iceluy partans . . . soit tenu et prononcé pour recreant et convaincu.* Die Formvorschrift ist dieselbe, wenn sie auch in andrer Anwendung auftritt [3]. Du Breuil, der Verfasser des Stilus Parlamenti erwähnt jenen Rechtssatz als einen, der von manchen aufgestellt werde, fügt aber ähnlich, nur noch entschiedener als Beaumanoir, hinzu: *sed hoc non credo verum, quia non videtur mihi, quod curia pro tam modica causa tantum periculum pateretur* [4].

Eine Ausnahme von dem Satze, dass auf peinliche Klagen der Beschuldigte unverzüglich antworten müsse, statuiert Jean d'Ibelin für den Fall, wenn jemand in Ketten oder Banden vor Gericht gebracht würde. Ein solcher hat vor allem zu erklären, dass er

---

[1] Siehe Stein a. O. S. 381. 382.

[2] Du Cange, Gloss. II 956 c.

[3] Ich brauche wohl nicht erst hervorzuheben, dass es sich hier nicht um die Beantwortung der Klage, sondern um das Benehmen beider Parteien nach abgeschlossenem Kampfvertrage handelt.

[4] Stilus XVI § 23 bei Molinaeus, Opp. III.

jede Streiteinlassung verweigere, bevor er nicht von den Ketten befreit sei. Lässt er sich früher zu einer Antwort herbei, leugnet er in Fesseln und kommt es zum gerichtlichen Zweikampf, so kämpft er in derselben Situation, in der er sich auf die Klage einliess, *en fers ou en liens*. Als Motiv dieser sonderbaren Bestimmung dürfte wohl gleichfalls das psychologische Moment in Betracht kommen, dass man in begründeter Berechnung wahrer Leidenschaft von dem Unschuldigen zuerst den Widerspruch gegen die ungerecht- [715] fertigte Fesselung erwartete, während die sofortige Einlassung in den förmlichen Rechtsstreit als stillschweigende Anerkennung gedeutet werden könnte. Uebrigens lässt sich auch ein rein formeller Grund anführen. Wie derjenige ohne Waffen kämpft, der sie nicht vorbehält, so derjenige in Fesseln, der nicht von vornherein deren Abnahme verlangt. Dieses Verlangen muss vor der Antwort gestellt werden. Denn von dieser an wickelt sich bei Zweikampfklagen das Verfahren in streng gemessenen Formen ab und ein Retenail wegen Abnahme der Fesseln kommt unter den Vorbehaltsformeln des Kampfvertrages nicht vor[1]. [Die örtliche Geltung des zu Grunde liegenden Prinzips kennt noch der dem vierzehnten Jahrhundert angehörige Grand Coustumier de France des Jacques d'Ableiges, der es in das Sprichwort kleidet: *qui entre en procès empesché, empesché le convient poursuyvre.* Wenn der Beklagte in irgend etwas behindert sei, *soit en corps ou en biens,* solle daher sein Advokat zunächst verlangen, dass die Behinderung behoben, jenem die volle Freiheit der Person oder des Vermögens wieder gegeben werde[2].]

Eine besondere Form der Antwort ist nach Beaumanoir nötig, wenn jemand wegen Nichtentrichtung einer Maut- oder Zollgebühr oder einer fälligen Rente, wegen Versäumnis des schuldigen Zinses oder Zehents belangt wird und der Klage mit seinem Eide entgehen will[3]. Fordert der Kläger die schuldige Abgabe, so antworte der Beklagte einfach: Ich habe gethan, was Rechtens ist. *J'en ai bien fait ce que je dui.* Dagegen geht das Eidesrecht verloren, wenn er angibt: ich habe bezahlt, oder: ich bin nicht schuldig

[1] Jean d'Ib. ch. 89. [Vgl. H. Brunner, D. RG. II 486, Anm. 28.]

[2] [Advocat doibt . ., se son client est en riens empesché, soit en corps ou en biens, requérir, que premièrement la main en soit levée. Le Grand Coustumier de France ed. Laboulaye III, 2, S. 400.]

[3] Beaumanoir XXX, 68—74.

zu bezahlen. Denn dann müsste er diese Behauptung, vorausgesetzt, dass der Kläger sie leugnet, durch „*proeves*“ beweisen, zu welchen Beaumanoir den Eid (*loy* schlechtweg) nicht rechnet[1].

---

[1] Stein a. O. S. 226 stellt für den von ihm so genannten Lehnsprozess — er ist nichts andres als das formale Verfahren, das sich in den lehnrührigen Gerichten länger erhalten hat als in den durch königl. Beamte verwalteten — die tief einschneidende Behauptung auf: Zeugen galten nicht und alle Art Schwüre als Beweismittel waren ausdrücklich ausgeschlossen. Daraus soll die Notwendigkeit unbeschränkter Anwendung des Zweikampfs deduziert werden. Wäre es nicht Stein, der das sagt, so würde ich es mir ersparen, die Stichhaltigkeit der Gründe zu prüfen, die dafür angeführt werden. Von den Zeugen wird später die Rede sein. Die Unzulässigkeit der Eide folgert Stein aus Beaumanoir VI, 31: Mais les seremens entendons noz es cours où on veut pledier selonc l'establissement le Roy; car selonc l'anchienne coustume ne quorent il pas. Stein hat den Zusammenhang dieses Ausspruches mit dem Vorausgehenden nicht beachtet, sonst musste er ersehen, dass unter den seremens die aus dem fremden Prozessrechte recipierten Gefährdeeide gemeint sind, welche die Ordonnanz Ludwigs des Heiligen [sur la procédure au châtelet] eingeführt hatte. B. VI, 30 gibt uns den Inhalt der Eide, von welchen VI, 31 die Rede ist. Der Kläger soll schwören: qu'il ne demandera fors ce où il quidera avoir droit et que se tesmoins li convient traire, que bons et loiax avant les trera à son essient. Entsprechend soll der Beklagte schwören: qu'il connistra verité de ce c'on li demandera en se besongne et qu'il ne metra reson avant à son essient qui ne soit bonne et soufisans, sowie dass er eventuell seines Wissens nur wahrhafte Zeugen produzieren werde. Dieser Kalumnieneid ist es, den das coutumiäre Verfahren nicht kennt. Vergleiche noch Beaum. XL, 7: les principax parties doivent jurer qu'il diront verité en le querele. Steins Missverständnis wiederholt sich a. O. S. 546, wo B. VI, 31 als Beleg für den Eid als Beweismittel im Civilprozess angeführt wird (Kalumnieneid ist kein Beweismittel), und paart sich mit einem zweiten Missverständnis a. O. S. 547, wo er in B. VI, 31 die Zuschiebung und Rückschiebung des Eides angedeutet, aber nicht entwickelt findet. Die Stelle, die in Betracht kommen kann, lautet: et se les parties se voloient soufrir de fere serement par acort, ne le doit pas le justice soufrir, ançois apartient à son office, qu'il prengne le serement des parties pour encherquier le verité de le querele. Das heisst nach Stein: Wenn die Parteien einen Schwur par acort ablegen wollen, dürfe der Richter dies nicht leiden, sondern er müsse den Schwur selbst bestimmen. Der Sinn der Stelle ist ein anderer. Se souffrir = s'abstiner, se contenter (v. Dup. Lab. Gloss. s. h. v.). Beaum. will also sagen: Wenn die Parteien sich par acort der Gefährdeeide entschlagen wollen, dürfe der Richter das nicht dulden, sondern müsse den Eid abnehmen, um sich dessen zu versichern, dass die Parteien es ernst meinen mit dem Rechtsstreite. (Eine Spur des Haupteides hätte Stein mit mehr Recht in Beaum. VII, 17 finden können.) Nach alledem bildet also Beaum. VI, 31

Peter nahm die Waren des Hans in Beschlag unter dem Vorwand, [716]
dass er die Zollgebühr nicht bezahlt habe. Der letztere erklärte, sie einem Sergent des Peter entrichtet zu haben. Da der Kläger dies bestritt, wollte Hans *s'en passer par son serement.* Schliesslich bitten beide Teile um ein Urteil, ob Hans durch die Behauptung der Bezahlung auf den Eid verzichtet habe. Dieses lautet dahin, dass das Eidesrecht verloren, die Bezahlung *par preuves* zu beweisen sei. Beaumanoir knüpft an die Erzählung dieses Rechtsfalles folgende Schlussbemerkung: *Et par cel jugement pot on en-* [717]
tendre que qui se veut passer par serement des amessures, dont on se pot passer par coustume, on doit dire tout simplement: J'en ai bien fet ce que je dui. Die Behauptung, bezahlt zu haben, wäre eine Einwendung. Ebenso die Erklärung, nicht schuldig zu sein; denn dafür musste gegenüber der anerkannten und nicht widersprochenen Gerechtsame des Herrn ein besonderer Befreiungsgrund angegeben werden, z. B. dass die nicht verzollten Waren für den persönlichen Gebrauch eines *clerc* oder *gentilhome* bestimmt seien, in welchem Fall sie zollfrei sind. Die Einwendung hat zur Folge, dass die ihr zu Grunde liegenden Thatsachen durch Zeugen, Urkunden oder andre *preuves* bewiesen werden müssen, falls der Gegner sie leugnet. Der Beklagte darf sich daher nicht in eine solche Position bringen, dass der Inhalt seiner Antwort als technische Einwendung betrachtet und vom Kläger negiert werden könnte. Darum antworte er ganz allgemein: Ich habe gethan, was Rechtens ist.

---

keinen Beleg für die Unzulässigkeit des Eides als Beweismittel im formalen Verfahren.

Den Parteieid hat Beaumanoir in die etwas tumultuarische Aufzählung der proeves ch. XXXIX, 2 ff. nicht aufgenommen. Er betrachtet die loy nicht als proeve, denn der Eid findet sich bei Beaum. in so ausgedehnter Anwendung, dass an ein blosses Vergessen nicht zu denken ist. Er kennt ihn als Reinigungseid in den im Text angegebenen Fällen, bei defaute d'ajournement XXX, 75, gegen den Bussanspruch des Seigneur wegen Störung des von ihm eingewiesenen Besitzes XXX, 76, ferner als Würderungseid XXXIX, 79, als Ergänzungseid XXXIX, 47, als Schiedseid VII, 17, ausserdem mehrfach in spezieller Anwendung u. a. zur Beschwörung der Essoine.

C. Der Eid.

Aus dem Gebiete des Beweisverfahrens will ich nur die Formalakte des Eides und der Zeugenaussage herausgreifen, dagegen die Formalitäten, welche den *gages de bataille* und den übrigen Ordalien eigentümlich sind, übergehen. Letztere, weil sie bekanntlich die Kirche in ihren Bereich gezogen hatte, so lange sie überhaupt die Ordalien gestattete. Was die *gages de bataille* betrifft, so ist ihr Einfluss auf die prozessuale Gestaltung von Klage und Antwort bereits besprochen worden. Von den Kampfeiden und der Eidesschelte wird im folgenden noch die Rede sein. Die eigentlichen Kampfregeln dagegen glaube ich um so eher ausschliessen zu dürfen, als bezüglich dieser das Walten der Gefahr ohnehin allgemein anerkannt wird. Soweit man nämlich bisher das Moment der Form im Prozesse überhaupt berücksichtigte, hat man sich fast ausschliesslich mit dem Formalismus des gerichtlichen Duells beschäftigt, so dass nach dieser Richtung am wenigsten aufzuhellen übrig bleibt [1].

Die Förmlichkeiten des Eides, soweit sie den Akt der Eidesleistung selbst betreffen, ihn nicht bloss vorbereiten, beziehen sich erstens auf die Anwendung der die Schwurformel bildenden Worte, [718] zweitens auf die richtige Aussprache derselben, und drittens auf die Haltung und Stellung des Körpers und insbesondere der Schwurhand. Der Wortlaut der Eidesformel lässt sich für die Regel nach einem allgemeinen Grundsatze abstrahieren, welcher allen Erklärungen im Prozesse ihren Inhalt gibt, die sich auf eine vorausgegangene Prozessrede beziehen. Solche retrospektive, Siegel [2] nennt sie bezügliche Erklärungen, müssen nämlich genau mit der bezogenen übereinstimmen. Handelt es sich also um einen Reinigungseid, so muss dieser den Tenor der Antwort in sich aufnehmen, die durch ihn bewiesen werden soll. Lautete z. B. die Antwort: *Istam lesionem tibi non feci et iste, qui super hoc testem se constituit,*

[1] Vgl. Loysel, Instit. cout. II 177, insbesondere die Litteraturangaben S. 181 ff. [Ad. Tardif, La procédure civile et criminelle au XIIIe et XIVe siècles S. 91 ff. Pfeffer, Die Formalitäten des gottesgerichtlichen Zweikampfs in der altfranzösischen Epik, Zeitsch. f. romanische Philologie IX 1 ff.]

[2] Gefahr S. 11.

nec vidit nec audivit, quod paratus sum desresnare, so hätte es nicht genügt, wenn der Beklagte etwa geschworen hätte, dass das, was er in seiner Antwort behauptet habe, wahr sei. Die Eidesformel musste vielmehr in folgender Weise gestellt werden: *Hoc audias N. quod ego tibi talem lesionem non feci nec testificatus vidit nec audivit, si me Deus adiuvet et hec sacrosancta* [1]. Desgleichen mussten die Kampfeide, d. h. die Eide, welche dem gerichtlichen Zweikampf unmittelbar vorausgingen, den Worten des Kampfvertrags entsprechend, *per verba duelli* [2], *de verbis de quibus duellum vadiatum fuerit* [3], *verbis in ipsius vadii datione propositis* [4] abgeschworen werden.

In Bezug auf das Detail der Eidesformalien dürfte ein weitgehender Partikularismus geherrscht haben. Nur wenige Coutumes bieten uns ein zusammenhängendes und anschauliches Bild. Da eine systematische Behandlung entweder die Anschaulichkeit abschwächen müsste, oder Gefahr laufen würde, in unbegründeter Weise zu generalisieren, so soll das folgende die Bestimmungen [719] einzelner Coutumes, trotz hierdurch bedingter Wiederholungen in ihrem Zusammenhange zur Darstellung bringen.

Nach normannischem Rechte wird sowohl der schwörenden Partei als auch ihren Eideshelfern die Eidesformel vom Richter oder von einem Stellvertreter desselben vorgestabt [5], d. h. dieser sagt dem Schwörenden die Formel vor, welcher sie Wort für Wort

[1] § 3, Somma II, 19.

[2] § 7, Somma II, 2 vgl. mit § 10 l. c.

[3] § 12, Somma, II 2.

[4] Glanvilla § 5, XIV, 1: Non potest alterutra partium verbis in ipsius vadii datione propositis aliquid adiicere vel diminuere vel aliquatenus a proposito declinare vel resilire, quin pro victo habeatur et lege victi censeatur, was sich freilich nicht ausschliesslich auf die Kampfeide beziehen muss. § 57 der Compilatio de usibus Andegavie (Marnier, Usages d'Anjou): Se contens est des mous de la bataille, que li uns die que ele fut jugée en une manière et l'autre en autre manière ... de la bataille point ni a, car ele (die Partei, gegen welche der Record entschieden) chet de la querele. Vgl. Li Livre des Droiz et des Comm. § 341, eine Quelle, welche hier wie sonst oft aus den Usages d'Anjou geschöpft hat.

[5] Ich brauche das Wort ohne Rücksicht auf die Formalität, welche dem gestabten Eide den Namen gegeben hat, Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer S. 902: Den eit staben behielt man noch lange bei, ohne dass dazu immer ein Stab gebraucht wurde, bloss für dictare oder praelegere formulam iurisiurandi.

nachzusprechen hat. Das Staben des Eides heisst in der französischen Rechtsterminologie *escariare*[1], *escarir*[2], *escherir*, *deviser*[3], ein solcher Eid *iuramentum escariatum*, die vorgestabten Worte heissen [720] *verba escariata*. Würde der Schwörende eines der Worte auslassen oder ein Wort gebrauchen, das ihm nicht vorgestabt worden, so wäre er mit seinem Eide gefallen. *Si verba dimiserit vel mutaverit que ei . . . fuerint escariata, eius desresina reprobatur*. Desgleichen war der Reinigungseid nichtig, wenn einer der Eideshelfer wider die Form verstiess, wenn er die ihm vorgestabten Worte: *de sacramento quod T. iuravit salvum iuramentum iuravit, si nos Deus ad-*

---

[1] So die Somma Normannie § 6, II, 19 und öfter. Diez, Etymologisches Wörterbuch der romanischen Sprachen I s. v. schiera: escharir = zuteilen, abteilen, absondern, mlat. scarire bestimmen, vom ahd. scarjan, skerjan, ordnen, zuteilen. Der französische Text der Somma gibt escariare mit declarer, ein sprechender Beleg für das höhere Alter des lateinischen Textes. Ein Uebersetzer hätte das Wort declarer im Lateinischen gewiss nicht durch das bezeichnendere escariare wiedergegeben.

[2] Coutumier de la Vicomté de l'Eau (saec. XIII), Art. 49 bei Beaurepaire, De la Vic. de l'Eau de Rouen et de ses coutumes au XIIIe et au XIVe siècles S. 338, Evreux 1856. Gr. Coutumier in Versen bei Hoüard, Dictionnaire de la Cout. de Norm. IV 116.

[3] Roman du Renart (éd. Méon) v. 14793 (II 193): Brichemer et Brun li ors, Que l'en tenoit as deus meillors, *Deviserent* le serement. [Vgl. Gaydon, chanson de gestes (anciens poètes t. VII) v. 65393: Dist l'empereres: Dus Naynmes de Baiviers, Des sairemens deviser vos requier. Devisez lor . . .] De Fontaines V, 1: on doit fère aporter les sains avant; et cil se doit agenoiller qui prover les (es handelt sich um das Beschwören von Essoines) vielt par sairement et la justice le doit einsi *escherir:* . . . folgt die Eidesformel. Eine Handschrift hat statt escherir *deviser*. Unrichtig erklärt der Herausgeber escherir als enquérir, demander de *quaerere*. [Devisor sacramenti heisst der Eidstaber in der Keure von Furnes § 53 v. J. 1240 bei Giraud, Essai I 110: petendo sacramenta et devisorem sacramenti, hoc est stavera.]

Ein anschauliches Bild von dem Vorgange der Eidesleistung gewährt eine Stelle aus den Usaticis pro duello apud Cameracenses, Mss. bei Du Cange II 951b unter duellum. Der Kläger wird vor die Heiligen geführt . . et là tient uns des maitres sergians les Sains et uns des eskievins prent le baston de celui ki a apelet et le tient en sa main de ci à dont k'il a fait sairement et au faire le sairement uns des eskievins . . . prent le main de celui ki a apelet et li met sor les Sains et dont li *devise* on et *escarit* sen sairement en le veue et en l'oye de sen adversaire. Dass einer der Schöffen dem Schwörenden die Hand auf die Reliquien legt, geschieht, um den Folgen vorzubeugen, die mit einem unrichtigen Auflegen der Schwurhand verbunden sind. Darüber Näheres unten.

iuvet et haec sancta, nicht genau nachsagte, sondern missesprach, wenn einer von ihnen nicht sofort, nachdem die Partei von dem knieend geleisteten Schwur sich erhob, zur Eidesleistung sich anschickte. Musste er sich hierzu erst auffordern lassen, so war die Partei beweisfällig, denn die Eideshelfer sollten *nec tracti nec vocati* zur Eideshilfe schreiten[1]. Der mit dem Eide verbundene Formalismus — diese Bemerkung möge schon hier ausgesprochen werden — hatte den mit Bewusstsein verfolgten Zweck, die Eidesleistung zu erschweren. Man suchte in dem Erfordernis der Beachtung der Form eine Gewähr gegen leichtsinnige Meineide und gerade die Fährlichkeiten des Schwures bieten „einen Beitrag zur Erklärung, dass der Reinigungseid so lange Zeit hindurch des Vertrauens teilhaftig bleiben konnte“[2]. Schlagende Bestätigung scheint mir diese Auffassung in einer vielbesprochenen Aeusserung einer Quelle des anglonormannischen Rechtes zu finden. Das normannische *iuramentum escariatum (divisum)* wird in der anglonormannischen Rechtssprache *iuramentum fractum*[3] *(seu frangens)* genannt[4].

---

[1] §§ 4. 6. 7, Somma II, 19. Beaurepaire l. c.: Es queles choses se les tesmoinz aront mué ou delessié aucune chose des paroles escaries par la justice .. celi qui ara gagié la loy ou la derraine, perdra. Dem Eide mit Helfern wird im allgemeinen für das franz. Beweisverfahren ein zu beschränktes Gebiet eingeräumt. Vgl. Stein a. O. S. 545 gegen Faustin Hélie. Er findet sich u. a. auch im Anc. Cout. de Bourg.: il doit havoir III proudomes, qui le creoient tant, que il li aidoient à iurez et li portoient temoins sanz veir et oir. VI, 2 und öfter. Dass just in der Normandie und Bourgogne mit ihren mindestens dreifach über einander geschichteten Nationalitäten sich der Eidhelferbeweis in so ausgedehnter Anwendung erhielt, widerlegt Steins (von Köstlin, Wendepunkt des d. Strafverfahrens S. 239 acceptierte) Hypothese, wonach das Institut der Eideshelfer sich gerade dort am frühesten verloren habe, wo die alte Gentilenverbindung örtlich am meisten versprengt worden ist.

[2] Siegel, Gefahr S. 3.

[3] Vgl. die Herleitung des Wortes escariare oben S. 326, Anm. 1.

[4] Iuramentum fractum ist dafür erst seit der normannischen Eroberung technische Bezeichnung. Siehe Schmid, Gesetze der Angelsachsen (1858) Glossar S. 617. [In der vetus versio der ags. Gesetze wird *frangere* in Beziehung auf den Eid das Fehlschlagen, ags. berstan, des Eides (Edward I, 3; Aethelred I, 1, § 2; Cnut II, 22) angewendet, ein Sprachgebrauch, den die sogenannten Leges Henrici primi übernommen haben (LL. Henr. l. c. 64, § 9 und § 3), was die Interpretation unsicher macht.] Das iur. fr. wurde cum verborum observantiis geschworen, es war immer zugleich iuramentum observatum (Eid mit vare) und bildet den Gegensatz zu dem in schlichten Worten geschworenen und ungestabten Eid (Eid ohne vare), iuramentum planum. Letzterer

[721] Von diesem Eide heisst es in den sog. Leges Henrici I: *Malorum autem infestationibus et periurantium conspiratione dispositum est frangens iuramentum ut magis Dei iudicium ab accusatis eligatur.* Die Gefahren dieses Eides gelten als Bürgschaft gegen den Meineid, sie sollen für den Beweispflichtigen ein Antrieb sein, lieber ein Gottesurteil als den Reinigungseid zu wählen.

In der Coutume von Reims hat sich das strenge Recht des Eides bis in eine Zeit hinein erhalten, da der Prozess im übrigen durch fremdrechtlichen Einfluss bereits völlig umgestaltet war [1]. Der Reinigungseid heisst hier *escondit* [2]. Er ist Eineid oder Eid

---

Ausdruck findet sich in gleicher Anwendung in den Quellen des franz. Rechts. Usages d'Anjou (Marnier) § 77: de bataille point ni a, se l'autre le li nie, fors le *plain* seirement ou l'anqueste. § 85 l. c. n'i a point de desrène que lour *plain* sairement. Urkunde Ludwigs VIII. für Bourges von 1224 (Privilèges de la ville de Bourges et Confirm. d'iceux): si quis de despectu fuerit accusatus, per unum *planum* sacramentum transeat sine duello. (Vide Du Cange, Gl. III 938 b.) [Concilium Lillebonnense v. J. 1080, art. 41 bei Teulet, Layettes I 25, nr. 22: si plana lex facienda erit, ibi fiat, ubi placitum prius fuit.] Ein Beleg für die Ansicht, dass jene Unterscheidung von iur. fr. und pl. durch die Normannen nach England gebracht worden. Eigentümlich ist dem anglonorm. Rechte eine derartige Verbindung beider Schwurformen, dass zwar die Parteien, nicht aber die Eideshelfer oder ein Teil derselben, per verba escariata schwören. Weiteres Eingehen auf die vielbestrittene Auslegung von LL. Henr. l. c. 64, ist mir hier nicht gestattet. [Siehe H. Brunner, D. RG. II 427, Anm. 10.] Mit der Jury hat das iur. fr. nichts zu thun. Dem Versuch, es damit zu verbinden, verdanken wir unter anderem die Untersuchungen bei Michelsen, Genesis der Jury S. 172 ff., Gundermann, Gesch. der Entstehung der Jury S. 62 ff. und Einstimmigkeit der Geschw. S. 64 ff., Köstlin, Wendepunkt S. 315 ff. Unrichtig scheint es mir, das iur. fractum als einen Eid, der überboten werden kann, und das iur. frangens als einen Ueberbietungseid zu erklären. Mit derartigen Spekulationen irrt man auf dürrer Heide. Vgl. noch die treffliche Zusammenstellung bei Schmid a. O., ferner Phillips, Engl. RG. II 266.

[1] Première rédaction complète de la Cout. de Reims mit dem Kommentar des Licentiaten Gérard de Montfaucon, abgedruckt bei Varin, Archives législatives de la ville de Reims in der Coll. de docum. inédits 1. Teil: Coutumes S. 609 ff. (abgefasst vor 1419, siehe Schäffner, RV. Fr. III 85). Hiezu die Redaktion der Coutume von 1481, Art. 285 bis l. c. S. 730, und die für uns sehr wichtigen Nachträge: Variantes à la Coutume de 1481 Archives lég. 2. Teil: Statuts, 1. Band, S. XII ff.

[2] [Der Ausdruck excondicere findet sich zur Bezeichnung des Reinigungseides schon im Capitulare Carisiacense vom Jahre 873, c. 3, Cap. II 344. Escondit in den Coutumes von Chatillon vom Jahre 1371, c. 45, Giraud, Essai II 353.]

mit Helfern. Der Schwörende *(escondisseur)* muss die rechte Hand zu den Heiligen erheben. Laut und vernehmlich, Blick und Wort [729] gegen den Richter gewendet, soll er die Eidesformel sprechen[1]. Diese lautet bei einer Klage wegen leichter Verwundung mit oder ohne Blutverlust: *Sire par les sainctz qui sont encontre et par tous autres de la bature à sang (ou sans sang) faite à (ung tel), dont on me poursuit en la court de céans, j'en suis pur et innocent*[2]. Wird der Eid mit Helfern (selbsiebent) geschworen, so müssen diese, sofort nachdem die Partei die *parolles de son escondit* gesprochen, die Hände zugleich zu den Heiligen erheben und einer nach dem andern die Formel der Eideshilfe sprechen: *Sire par les sainctz de cy encontre je tient et croit qu'il a faict bon serment*[3]. Die schwörende Partei und ebenso die Eideshelfer dürfen die Schwurhand nicht senken, ehe sie ihre Formel zu Ende gesprochen. Hat die Partei oder ein Helfer die Formel bereits gesagt, so müssen sie dennoch die Hand *tenir toute droicte*[4] — *et levé' vers les sainctz*[5], so lange bis alle 6 Helfer ihren Eid geschworen. War der Eid *moins souffisamment fait*, so ist der Beklagte sachfällig, *serait censé et repputé atteint du cas par avoir failly à bien faire son escondit*[6]. Er wird in die Busse von 60 Sous, resp. 22 s. 6 den. verurteilt, je nachdem es sich um *bature à sang* oder *sans sang* gehandelt hat[7]. Ein Fehler im Worte würde dazu genügen. Hätte er in der Schwurformel einfach gesagt: *bature* ohne den Zusatz *à sang*, oder *sans sang*, so wäre der Eid nur in dem Falle gegangen, wenn die Klage wegen *bature* schlechtweg erhoben wurde[8]. Andernfalls wäre der Schwörende mit dem Eide gefallen. Von entscheidender

---

[1] dire tout hault: Première réd. Art. 76, l. c. Cout. S. 634. — en adressant son regard et sa parole devers le juge: Variantes zu Art. 285 bis, Stat. 1. Band, S. XII.

[2] Première réd. Art. 76 l. c.

[3] Variantes zu Art. 285 bis, Stat. 1. Band, S. XIII. Vgl. Art. 77 der ersten Redaktion.

[4] Première réd. Art. 77.

[5] Variantes l. c. S. XIII.

[6] Variantes l. c. S. XII.

[7] Gérard de Montf. zu Art. 76 l. c. Nota que qui ne garde en faisant on escondit les fourmes contenues en ce chappitre, puet choir ès amendes dessusdictes, c'est assavoir sil y a sang en LX sols parisis et se c'est sans sang en XXII sols 6 deniers parisis.

[8] Gérard de Montf. l. c.

Bedeutung ist das Senken der Hand *baisser, avaler sa main.* Der [723] Moment, da die Partei dies thut, gilt als conclusio in causa. Sie ruft sich durch diese Gebärde auf das Urteil der Schöffen über den abgelegten Eid, der von da an, wenn er etwa unvollständig war, nicht mehr ergänzt werden kann. *Baisser sa main . . vault autant que conclure en cause et prendre droit sur l'escondit tel qu'il a esté*[1].

Ueber die Frage, ob der Eid gelungen sei oder nicht, kann nach der Coutume von 1481 der öffentliche Ankläger einen Incidentstreit erheben. Nach dieser Redaktion kam nämlich der Reinigungseid nur mehr subsidiär zur Anwendung[2]. In erster Linie ist es Sache des *procureur du seigneur ou de l'office, qui a la charge des causes d'excex*, den Beklagten zu überführen. Kann er das nicht, so mag er den Reinigungseid verlangen, den der Beklagte mit Beobachtung aller Förmlichkeiten zu leisten hat, wenn er nicht in die Busse verurteilt werden will[3]. Dem entsprechend steht es auch dem öffentlichen Ankläger zu, die Eidesleistung zu bemängeln. Hat der Escondisseur die Hand gesenkt, so ist der Procureur zu hören, ob er nicht etwa den Eid anfechten, dessen Mangelhaftigkeit erweisen wolle. Dem Beschuldigten wird darauf hin gestattet auszuführen, dass der Eid gegangen sei, und das Gericht hat darüber zu sagen, was Rechtens ist[4].

Im fünfzehnten Jahrhundert hat man zu Reims die Unzukömmlichkeiten des Escondit bereits lebhaft gefühlt. Man duldete es nur noch als ehrwürdige Reliquie in enge beschränkter Anwendung. Es klingt wie eine Entschuldigung seiner Existenz, wenn die Redaktion von 1481 von der Form des Escondit sagt, sie sei *introduicte et accoustumée de toute ancienneté.* In der That stand die Altertümlichkeit dieser Eidesform in Widerspruch mit dem Inquisitionsprinzipe, welches sonst zu jener Zeit das Straf-

---

[1] Variantes S. XII. Vgl. S. XIII: Et après ces parolles dictes le deffendeur et les six compurgateurs peuent avaler leurs mains pour conclusion en cause.

[2] Art. 285 bis l. c. S. 730.

[3] Se . . . (il) . . . ne veult ou peult prouver le cas contre le deffendeur . . . il peult conclure afin que le deffendeur soit contrainct à amender ou à en faire son escondit en la forme, qui est introduicte et acoustumée de toute ancienneté et qui est tel (Lacuna), Art. 285, l. c.

[4] Variantes l. c. S. XII.

verfahren schon völlig beherrschte und nicht die peinlich genaue Erfüllung vorgeschriebener Förmlichkeiten, sondern die amtliche Erforschung der Schuld zum Angelpunkte des Prozesses machte. [724] Gegen das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts kam in Reims die moderne Auffassung auch in dieser Richtung zum Durchbruch. Die Varianten, Glossen und absichtlichen Streichungen, welche die verschiedenen Handschriften der Coutume in dem Kapitel vom Escondit aufweisen, spiegeln in getreuer Weise die Entwickelung ab, durch welche der Reinigungseid allmählich beseitigt wurde. Abgesehen davon, dass die Redaktion von 1481 ihn nur noch in subsidiärer Anwendung kennt, bringt eine Handschrift am Schlusse des Artikels „*des escondis*“ [1] folgende Bemerkung: der Rechtsbrauch der Reinigungseide erscheint als sehr hart wegen der notwendigen Beachtung der vorgeschriebenen Worte [2], zumal wenn man die Einfalt und den Schwachsinn so mancher Leute aus dem Volke berücksichtigt, welche mitunter wegen Verwundungen angeklagt, bei denen sie nicht oder ohne Verschulden beteiligt waren, nichtsdestoweniger infolge eines Fehlers bei der Eidesleistung in die Busse verurteilt werden. Darum dürfte es am besten sein, diese Einrichtung der Reinigungseide aufzuheben und dafür anzuordnen, dass der Richter den Beklagten auf einen feierlichen Eid hin inquiriere und dieser verpflichtet sei, bei seinem Eide die Wahrheit zu antworten. An Stelle des assertorischen Eides sollte also ein promissorischer, an Stelle des formalen Schwurs ein auf den Eid basiertes richterliches Verhör treten. Jüngere Handschriften haben den Abschnitt über die Form des Escondit ausgeschieden. In den spätern Redaktionen der Coutume sucht man ihn vergebens.

Mehr als alles andre gewähren die Franchises von Lille mit ihren Bestimmungen über den Eid einen deutlichen Einblick in die peinliche Härte des alten Prozessrechts [3]. Nach dem Rechte von Lille hatte bei Schuldklagen und bei Klagen um Fahrhabe sowohl der Kläger als der Beklagte einen Eid zu leisten, falls die Be-

---

[1] Msc. Sutaine Duvivier, Variantes l. c. S. XIV. Vgl. Varin, Cout. S. 730, Anm. 3.

[2] Cest usage des escondis semble bien rigoreux pour l'observance necessaire des parolles qu'il fault prononcer . . .

[3] Roisin, Franchises de Lille, „Comment on doit aller as Sains“ S. 31 ff. Ordonnanz K. Johanns von Frankreich von 1350 in Ordonnances des rois de France II 399.

hauptung des Klägers geleugnet worden war. Der Kläger schwur einen Eineid, der Beklagte selbdritt, das heisst mit zwei Eideshelfern. Beide Teile mussten sich in förmlicher Weise zum Eide
[725] präsentieren. Für beide waren die Eidesformalien dieselben, abgesehen von dem Inhalt der Schwurformel und den auf die Eideshelfer bezüglichen Vorschriften. Der Schwörende musste die rechte Hand auf die Heiligen legen und dabei den Daumen unterhalb der andern Finger fest in die Hand schliessen. So lange der Schwur dauerte, musste die Hand in dieser Weise regungs- und bewegungslos auf die Reliquien gehalten werden. Wer den Daumen nicht fest in die Hand schloss, die Hand anders hielt als üblich war, wer während des Schwures mit der Hand wackelte, sie bewegte oder gar von den Heiligen wegzog, ehe die Formel zu Ende gesprochen war, der hatte im Eide gefehlt *(entreprendre)*, der hatte seine Sache verloren [1]. Eine Ausnahme galt nur für jene, die wegen Siechtums oder körperlichen Gebrechens nicht im stande waren, diese Förmlichkeiten zu erfüllen, vorausgesetzt, dass der Schwörende oder der ihn zum Eide führte, dieses Hindernis vor dem Schwur mit dem Vorbehalte kundgab, dass ein Verstoss aus diesem Grunde nicht zum Schaden gereichen dürfe, *que s'il entreprendoit à ses lois et à son serment faire, que il ne pierge riens par raison de son empeeschement* [2]. — Der Eid wird auch hier *verbis solemnibus* geschworen, die genau vorgeschrieben waren. Handelte es sich zum Beispiel um eine Schuld von 20 Sous, so lauteten „*les paroles que li demandans doit dire as sains*“ folgendermassen: *De ches XX sous parisis, que jou sour Jehan clamai, d'ensi que jou y clamai,*

---

[1] Quiconques remueroit ne crolleroit le main en jurant sour les Sains, il aroit se querielle perdue, se partie le reprendoit et tournoit à atainte ou à délivre: Roisin S. 33, nr. 6. — Car quiconques va as Sains, soit hom soit femme, s'il oste se main des Sains ains qu'il ait juret et dit les paroles teilles que usages et lois porte, ou s'il ne disoit les parolles telles que il est uset, ou s'il ne les disoit si qu'il deveroit al entente d'eschevins, ou qu'il entrepresist au dire, il aroit se querielle perdue ... Roisin S. 32, nr. 2. — Si ... manum plus solito elevet aut in palma pollicem firmiter non teneat ... causam suam penitus amittit. Ord. l. c. [Vgl. die Aufzeichnung über das Recht der im nördlichen Frankreich gelegenen Grafschaft Guînes, Le Livre des usaiges et anciennes coustumes de la conté de Guysnes ed. Tailliar (Société des antiquaires de la Morinie), p. 113, art. 251: et se ainsi est, qu'il tremble de la main tant seullement, il pert ce qu'il aura fait].

[2] Roisin S. 32, nr. 5.

à droit y clamai. Si m'ait Dius et chist Saint. Dieser Formel entsprach folgender Eid des Beklagten: *De ches XX sous parisis que Jehans sour mi clama, a tort y clama au mien ensiant. Si m'ait Dius et cist Saint.* Darauf hin hatten die Eidhelfer *(qui aident le deffendant)* einzufallen: *tel sierment, que Jehans chi jura, boin sierment y jura au mien ensiant. Si m'ait Dius et chist Saint*[1]. Der Eid ist misslungen, wenn die üblichen Worte nicht gebraucht werden, wenn Parteien oder Eidhelfer missesprechen *(se entrepresist* [726] *aucuns au dire*[2]*)*. Uebrigens kam es nicht bloss auf die Worte an, die man zu sagen hatte, sondern auch auf die Art ihrer Aussprache, den Ton der Stimme. Sachfällig war der Schwörende, wenn er die Eidesworte *ne disoit si, qu'il deveroit al entente d'eschevins.* Wer stotterte, wessen Stimme infolge einer Schwäche der Zunge fiel, oder wer sonst irgendwie fehlte *in idyomate vel in forma,* der hatte verloren[3]. Hinweggesehen wurde über dies Erfordernis bei einem Stammler und bei einem Fremden, der den picardischen Dialekt schlecht oder gar nicht sprach, falls ein solcher vor der Eidesleistung erklärte *qu'il euist empeeschement en le langhe de bauber ou qu'il ne seuist mie bien le langage pickart ou qu'il n'en seuist nient*[4]. Einer, der die ortsübliche Sprache gar nicht kannte, sollte zum Eide zugelassen werden *„par le langage que il mius sel"*[5].

Durch eine Verordnung König Johanns von Frankreich vom Jahre 1350 und durch einen Gemeindebeschluss von 1351 wurde in Lille der alte Eidesformalismus beseitigt. Wie aus dem Wortlaut jener Ordonnanz hervorgeht, wandten sich Schöffen und Gemeinde von Lille an den König mit der Bitte, jene schädliche Gewohnheit aufzuheben. Sie stellten ihm die unbillige Härte jenes Verfahrens vor Augen, sie hoben hervor, dass bei ihnen die Eide

---

[1] Roisin S. 34 ff.

[2] Vgl. oben S. 332, Anm. 1 und Roisin S. 33, nr. 8.

[3] Ordonnanz von 1350.

[4] Roisin S. 32, nr. 5.

[5] Roisin S. 33, nr. 7. Nach deutschem Rechte waren die Ausländer bei Eiden mitunter von der Herrschaft des Formalismus befreit. „Si quis non loquitur nostra lingua, non tenetur iurare ad vare". Siegel, Gefahr S. 14, Anm. 38. Ebenso sollten in England nach LL. Henr. primi 64, § 3 die Francigenae et Alienigenae „in verborum observantiis non frangere", d. h. beim Eide nicht im Worte fallen, ohne Gefahr schwören, und waren sie nach Wil. II, 3, III, 12 in bestimmten Fällen dadurch bevorzugt, dass sie nur einen ungestabten und schlichten Eid zu schwören hatten.

in fremdartig klingenden Worten und unter allerlei Förmlichkeiten geleistet werden müssten, die ungewöhnlich und äusserst schwierig zu beachten wären. Wer gegen irgend eine leere und nichtige Formvorschrift verstosse, sei es in Wort oder Handlung, der habe verloren. „Der Kläger werde nicht mehr zur Klage, der Beklagte nicht wieder zur Verteidigung zugelassen, obgleich jener einen gerechten Grund zur Klage, dieser gerechte Ursache zur Ableugnung
[727] habe.“ Der König erklärte auf diese Bitte hin jene Gewohnheit *(consuetudo que verius error aut corruptela dici meruit)* für aufgehoben und verfügte, dass fürderhin Kläger und Beklagter einen Eid auf die Evangelien schwören sollten nach der im Pariser Parlamente und in den übrigen Gerichtshöfen Frankreichs üblichen Form [1]. Diese Neuerung wurde im folgenden Jahre durch Beschluss des Rates der Acht und unter Zustimmung der Gemeinde in Lille eingeführt. Man bestimmte, dass die Parteien in Fällen, wo sie bisher zu den Heiligen gingen, von nun an ohne Gefahr auf ein Kruzifix oder die Evangelien schwören dürften. Wer den Mut zu schwören habe, solle wegen des Eides keinerlei Busse verwirken. Zugleich wurde auch der Inhalt der Eidesformel geändert. An Stelle jenes altertümlichen Voreides trat ein moderner Kalumnieneid.

---

[1] Die in Ordonnances II 399 abgedruckte Urkunde findet sich in mangelhafter Form bei Roisin S. 388 aus dem Cartulaire von Lille. Daselbst steht noch S. 390 eine instruktive altfranz. Uebersetzung des lateinischen Textes. Letzterer ist teilweise angeführt bei Du Cange III 952c unter juramentum. Siegel, Gefahr S. 29 gibt eine freie Uebertragung ins Deutsche, die hier teilweise benutzt ist. Die Stelle: scabini . . . per iudicium . . . *pronunciant*, quod actor et reus procedant ad sancta . . . *proferendo verba* quae sequuntur vel similiter in effectu: „Nescimus aliquid propter quod non *procedant* ad sancta, *si sint ausi*“ erklärt Siegel missverständlich in folgender Weise: „so erkannten die Schöffen, dass Kläger und Beklagter zu den Heiligen gehen sollten ... wobei sie folgende oder doch gleichbedeutende Worte, falls sie es sich getrauten, zu sprechen hatten: *Wir wissen nichts, weshalb wir nicht zu den Heiligen gehen sollten.* In dieser Weise hat der Eid der Parteien nicht gelautet. Der Text der Ordonnanz ist durchaus nicht korrumpiert. Das *proferendo* bezieht sich auf die Schöffen. Diese haben, ehe die Parteien zum Eide schreiten, zu erklären: „Wir Schöffen wissen keinen Grund, weshalb die Parteien nicht zu den Heiligen gehen sollten.“ Sie stellen durch dieses Urteil fest, dass die Voraussetzungen der Zulassung zum Eide vorhanden, namentlich auch die Förmlichkeiten der Präsentation zum Eide in genügender Weise erfüllt seien. Vgl. die Schwurformeln der Parteien oben und unten S. 336 f. die Formel der Zulassung zum Eide.

Aus der Schwierigkeit, dem Eidesformalismus zu genügen, erklärt es sich, dass das Zusammenziehen mehrerer gleichartiger Eidesthemata in eine einzige Formel verwehrt, dagegen mitunter eine Häufung der Eide verlangt wurde. Das hätte keinen Sinn gehabt, wenn man die Garantie des Eides nur in der Wahrheitsliebe des Schwörenden, nicht auch in den Aeusserlichkeiten des Eides suchte. Wer sich nicht scheut, einmal einen Meineid zu schwören, wird durch Wiederholung des Aktes schwerlich davon [728] abgeschreckt werden[1]. Anders stellt sich die Sache durch die Anforderungen der Form. Wer den ersten Eid glatt abgeschworen, kann sehr wohl beim zweiten oder dritten durch Missesprechen oder sonst durch einen Formfehler zu Fall kommen. Wo wir demnach in den Quellen die Vorschrift einer Häufung der Eide, das Verbot einer Trennung gleichartiger Eidessätze finden, können und müssen wir das Walten der Gefahr bei der Eidesleistung voraussetzen[2]. Da die Eidesfährlichkeiten wegen der damit zusammenhängenden Bussen eine Einnahmequelle des Gerichtes bildeten, wurden aus Eigennutz und Habsucht den Parteien nicht selten mehr Eide auferlegt, als sie von Rechts wegen zu leisten verpflichtet waren. Gerügt und entschieden verurteilt wird dieser Missbrauch in den Statuta et Consuetudines Normanniae[3]. Es sei vorgekommen, heisst es daselbst, dass die Dingleute die Parteien verhielten, eine Mehrzahl von Eiden anzugeloben, obgleich nur eine Klage gegen sie vorlag. Das sei unrecht, denn wenn jemand wegen mehrerer Punkte mit einer Klage angegriffen wird, dann reinigt er sich auch durch einen Eid. Nur wenn den Worten der Klage gemäss mehr als ein Zweikampf angelobt werden müsste, seien auch mehrere

---

[1] Entgegengesetzter Meinung Sachsse, Beweisverfahren S. 88.

[2] So war es nach dem Rechte von Vermandois der Partei, die ihren Tag wegen echter Not zwei- oder dreimal kontremandiert hatte, nicht gestattet, die Fälle der Essoine mit einem einzigen Eide zu erweisen. Es galt vielmehr der Satz: chascuns contremant (doit avoir) son essoine et son serement, De Font. V, 2. Vgl. § 12, Somma II, 64: De unoquoque exoniatore iurabit (exoniatus), und Glanvilla § 3, I, 12: probabit quodlibet essonium iureiurando propria et unica manu, und l. c. I, 9: si summonitiones (die Vorladungen) omnes negaverit, pro qualibet iurabit XIIma manu.

[3] Warnkönig a. O. II 27, De legibus [éd. Tardif p. 54]: placitatores populo plures leges faciebant vadiare, licet per unum repta(men)tum et uniloquium reptati fuissent. Vgl. Marnier, Établissements ... de Normandie S. 46, De Plez; § 12, Somma I, 55.

Eide zu verlangen. Die Unbilligkeit jenes Verfahrens tritt in einem von unserer Rechtsquelle erzählten Falle besonders eklatant hervor[1]. Ein königlicher Sergent klagte einen von den Leuten des Herrn Roger von S. A. wegen Waldfrevels an. Er hätte ihn betreten, wie er vierzig Buchen auf der Schulter trug. Schon die Anklage an sich war so ungeheuerlich, dass jemand sich darüber mit der Aeusserung lustig machte: Hätte der ein Fuhrwerk gehabt, er hätte den ganzen Forst mitgenommen. Trotz der zu Tage lie-
[729] genden Frivolität der Anklage urteilten die Dingleute, dass der Beklagte für jeden Stamm einen Reinigungseid geloben müsse. Die Sache kam jedoch durch den Herrn des Beklagten zu den Ohren des Seneschalls, welcher entrüstet den Ankläger seines Amtes entsetzte und den herzoglichen Sergents bei Gefängnisstrafe einschärfte, die Leute nicht ungerechterweise anzuklagen[2]. *Et ita homo quietus recessit.*

Zu den Förmlichkeiten des Schwurs, deren Verletzung seine Nichtigkeit zur Folge hatte, kamen nach strengem Rechte noch die Vorschriften über die Präsentation zum Eide und jene über den Beginn der Eideshandlung. Nach dem alten Rechte von Lille mussten Kläger und Beklagter sich in förmlicher Weise zum Eide präsentieren. Der Vorsprecher des Klägers oder wer ihn zum Eide führte *(présenteres)* hatte zu erklären: *Veschi cest homme prest lui et ses sains de ses loys à faire viers tell homme, sour cui il clama.* Ebenso sprach der Präsentator des Beklagten, nur dass er die Worte *viers chelui qui sour lui clama* gebrauchte[3]. Von dem Momente der Präsentation an durfte keine der beiden Parteien bei Strafe von 60 Sous gegen den Herrn die Gerichtsstätte verlassen[4]. Vor der Eidesleistung mussten die Schöffen auf den Befehl des Baillis oder Prévôts das Urteil abgeben: *Nous ne savons choze,*

---

[1] Warnkönig a. O., De accusatoribus [éd. Tardif p. 55]. Marnier S. 46, D'Accusement de Sergent.

[2] Der öffentliche Beamte bedurfte zur Klage im Namen des Fiskus keines Zeugen, ein Vorrecht, welches missbraucht wurde. Hieraus erklärt sich Art. 38 der Magna Charta. Im Roman de Rou von R. Wace (XII[e] siècle) v. 6014 klagen die aufständischen normannischen Bauern über die Baillis: Tantes choses lor metent sur — Kil ne se poent desranier. Vgl. die oben S. 685, Anm. 1 angeführte Aeusserung „que c'estoit la coustume des sergens de tenser et hocqueler les bonnes gens“.

[3] Roisin S. 28.

[4] Roisin S. 29, nr. 5.

parquoy il ne voisent as sains, s'il osent. Darauf hin fragt der Präsentator im Namen seiner Partei: *Sire Prévost puet il aler as Sains?* Der Prévôt antwortet: *Oil, s'il ose*[1]. Würde jemand ohne diese Erlaubnis des Richters zum Eide schreiten, und sei es auch, nachdem die Schöffen gesagt: Wir wissen nichts, warum sie nicht zu den Heiligen gehen sollten, wenn sie sich getrauen, so verwirkte er eine Busse von 60 Sous[2] gegen den Herrn, ohne aber deshalb beweisfällig zu werden. Durch die Reform der Eidesförmlichkeiten [730] von 1350 wurde auch dieser Grund von Bussfälligkeit aus dem Rechte von Lille beseitigt. — Nach normannischem Rechte verfiel derjenige, der ohne ausdrücklichen Befehl des Gerichts die Kniee beugte, um sich zum Eide anzuschicken, oder wer die einmal angenommene Eidesstellung wechselte, in die Misericordia des Gerichtsherrn. Das war eine Vorschrift so recht geschaffen für einen sportelsüchtigen Gerichtshof, um unerfahrene Parteien zu quälen und Busse auf Busse über sie zu verhängen. Die Statuta et Consuetudines[3] erzählen hierüber folgendes: Einfältige Leute, welche Eide ablegen sollen, beugen die Kniee, ohne hierzu den Befehl des Gerichtes abzuwarten. Auf das hin verurteilt man sie in die Misericordia und der Gerichtsschreiber schreibt sie als bussfällig in seine Rolle ein. Hören sie, dass die Beugung der Kniee als Fehler gerügt wird, so glauben sie ihn gut machen zu müssen, indem sie sich wieder erheben. Das trägt ihnen ein neues „*en merci*" ein, weil sie sich ohne Befehl des Gerichts erhoben, und abermals zeichnet der Clerk auf seinem Pergamente die Misericordia an[4]. Ein solches

---

[1] Roisin S. 34, nr. 11.

[2] Roisin S. 33, nr. 10: Et est assavoir que nuls ne puet aler as sains, si soit dit à semonse de signeur par jugement d'eschevins en tel manière: Nous ne savons ... Et encore apries che jugement ni puet nus ne nule aler sans congiet de signeur qu'il n'en kiece al signeur en LX sous, s'il y va sans congiet de signeur ... Vgl. l. c. S. 27, nr. 4 i. f.

[3] Warnkönig a. O. II 27, De juratore et juramentis [éd. Tardif S. 56]. Marnier, Établ. de N. S. 47. Vgl. Rathery, Études hist. sur les institutions judiciaires de la Normandie S. 26, Paris 1839. (Extrait de la Revue française.)

[4] Placitatores vero ponebant in misericordia simplices populorum, qui absque precepto iusticie genua sua flectebant venientes ad iuramenta sua. Cum igitur genua flectentes se audissent accusari, de afflexione genuum surgebant. Placitatores vero eos accusabant, quia surrexerunt absque precepto iusticie et ita clericus iusticie eos in pellicula sua scribebat in misericordia. Sach-

Vorgehen wurde schon am Schlusse des zwölften Jahrhunderts für verwerflich gehalten. Ein vom Verfasser der Kompilation genannter Gewährsmann, Normans d'Orgierville, verglich es mit einem Kinderspiele, bei welchem der Knabe, der auf den Ruf *Or sus Bernart! (surge Bernarde)* sich nicht sofort erhebt, mit Kohle ins Gesicht gezeichnet wird. Ebenso zeichne der Clerk die unerfahrenen Leute auf seinem Pergamente in *misericordiam*[1]. Um solche Schikanen[2] hintanzuhalten, befahl der Seneschall, die Dingleute, die so unbillige Urteile fänden (in passender Anwendung der Talionsgrundsätze) auf
[731] so lange in Haft zu setzen, bis sie sich mit ihrem letzten Deut[3] daraus gelöst hätten. Zudem sollten sie fürder in ihrer Gemeinde für ehrlos gelten.

D. Die Formalakte des Zeugenverfahrens.

Der formale Zeugenbeweis, welcher von der *loial enqueste* einerseits, von dem durch Ludwig IX. eingeführten inquisitorischen Zeugenbeweis andrerseits strenge zu scheiden ist[4], zerfällt in zwei aufeinander folgende Abschnitte, die Zeugenaussage, *dire la garentie* und den Zeugeneid, *jurer la garentie.* Beide unterliegen den Anforderungen des strengen Rechts, beide sind Formalakte. Der Zeuge konnte ebensowohl wegen Missesprechens mit der Aussage fallen, *déffaillir de sa parole*[5], wie der Sachwalter mit einer Prozessrede. Der Zeugeneid kann ebenso leicht wie der Parteieid wegen eines Verstosses in Wort und Handlung nichtig sein.

Die Zeugenaussage muss als retrospektive Erklärung mit den Worten, für welche der Zeugenführer das Zeugnis anbot, genau

---

fälligkeit kann ein derartiger Formverstoss nicht herbeigeführt haben, weil sonst die zweimalige Misericordia unbegründet wäre. In ähnlicher Weise war nach deutschem Recht eine Busse verwirkt, wenn der Schwörende ohne Erlaubnis des Richters die Hand aufhob oder von den Heiligen wegzog.

[1] il fust *tainz* de charbon en la face; autresi *taignoit* li clers en son parchemin les simples gens en merci. Marnier l. c.

[2] occasiones (W.), acheisons (M.).

[3] tant que il eussent paié tout leur chatel jusqu'à la derrenière poitévine. Poitevine une ancienne petite monnaie: Du Cange, Gl. VII 265.

[4] Die Begründung dieser Ansicht denke ich an einem anderen Orte zu geben. [Siehe meine Entstehung der Schwurgerichte S. 195 ff., 438 ff.] Das normannische Zeugenverfahren findet in diesem Abschnitte keine Berücksichtigung.

[5] Usage de Borgoigne ch. 2. Marnier S. 4.

übereinstimmen. Entsprechend seiner Zeugenqualität muss der Zeuge erklären, dass er das, was er bezeugt, gesehen und gehört habe und bereit sei, es zu beschwören. Um die folgenden Belegstellen zum Verständnis zu bringen, ist es nötig, der weiteren Darstellung vorgreifend schon hier zu bemerken, dass die Zeugen ihre Aussage entweder mit eigenem Munde oder, was mitunter geboten ist, durch einen Vorsprecher abgeben.

Nach der in Amiens geltenden *Coustume anchienne des wages de bataille* geschieht die Zeugenaussage wie folgt: Der Zeugenführer führt seinen Zeugen vor und hält ihn am Saume des Kleides; ebenso der Vorsprecher. Zeugenführer und Zeuge schweigen, der Vorsprecher redet, er spricht *tous les propres mos du claim et de le demande mot à mot* und erklärt, dass alle diese Worte der Zeuge, den er am Saume des Kleides halte, bezeuge[1]. Dieser erbietet sich [782] hierauf, durch seinen Eid zu beweisen, dass das die Wahrheit sei, und legt seine Hand auf die Heiligen, um zu schwören[2].

Nach den Assises der Haute Cour sollen die Zeugen, nachdem sie einen Vorsprecher bekommen haben, ihn instruieren, was er in ihrem Namen zu sagen habe, nämlich: *que il furent ou leuc et en la place où il virent tel chose faire et oïrent tel chose dire; et dient à qui et quei.* Hat der Vorsprecher das Zeugnis im Namen der Zeugen gesprochen, und erklärt, dass sie bereit seien, darauf hin zu thun, was rechte Zeugen thun sollen, *à faire ce que leaus garenz deivent faire*, so fordert sie der Richter auf: Tretet vor und schwört, dass es so sei, wie euer Vorsprecher für euch gesagt hat[3].

Die *Usage de Borgoigne*[4], nach welchen der Zeuge sein Wort selbst spricht, heben ausdrücklich hervor, dass derjenige nicht zum Eide zuzulassen sei, der da sagt: *Je porte tesmoins de ce que ciz ha dit,* und zwar deshalb, weil er hätte sagen sollen: „*Je fui el leu que ie vi ce,*“ *et oir et oir recognoistre* oder *Je vi et oi que ce fu ensi et en ferai que loials tesmoins*[5].

---

[1] il (der Kläger) venra et amenra sen tesmoing et le tenra li avocas par le pan du sercot. Pan = la partie de l'habit qui couvre le côté depuis la ceinture jusqu'en bas. Du Cange VII 251.

[2] Du Cange II 68a.

[3] Jean d'Ibelin ch. 77.

[4] A. Cout. de Bourg. (ed. Marnier) ch. 2.

[5] Während der Eidhelfer, der sich nicht ungerufen zur Eidhilfe anschickt, fällt, ist es mitunter ein Verwerfungsgrund, wenn ein Zeuge mit der Aussage

[733] Auch dort, wo die Zeugenaussage durch den Mund des Vorsprechers abgelegt werden konnte oder musste, wie nach den vorstehenden Belegen in Amiens und im Rechtsgebiete der Assises von Jerusalem, war eine Vertretung im Eide durchaus unstatthaft. Den Zeugeneid mussten die Zeugen mit eigenem Munde sprechen. Doch war es ihnen in den genannten Coutumes gestattet, sich in der Eidesformel einfach auf die Aussage zu beziehen. Damit war die Gefahr des Eides, was seinen Inhalt betrifft, auf ihr mögliches Minimum reduziert. Und dieser Zweck scheint unter anderem jener Sonderung von Aussage und Eid zu Grunde zu liegen. Denn gegen Formverstösse bei der ersteren gab es, wenn ein Vorsprecher sie sprach, ein Heilungsmittel, von welchem später die Rede sein wird, während dies beim Eide selbst in keiner Weise der Fall war. Hinsichtlich der Förmlichkeiten des Zeugeneides kann mit Sicherheit die Analogie des Parteieides herangezogen werden.

E. Die Schelte.

Zu den schwierigsten, weil gefährlichsten Formalakten gehört die Anwendung der Schelte. Gescholten werden kann der Eid und das Urteil; was jenen betrifft, der Eid der Partei und der Eid des Zeugen. Gemeinsam ist dem Scheltungsverfahren in allen drei Anwendungen, dass die scheltende Partei eine ihr nachteilige Erklärung (des Gegners, seines Zeugen, des Urteilfinders) für falsch erklärt und der damit erhobene Vorwurf den Zweikampf zwischen dem

---

vortritt, ehe er zum Zeugnis aufgerufen wurde. Durch Ludwigs IX. Beweisreformen wurde die Ablegung des Zeugnisses zur öffentlichen Pflicht, der Zeuge konnte zum Zeugnis gezwungen werden, was früher in keiner Weise der Fall war. Mit dem Zeugenzwang und dem inquisitorischen Charakter des neuen Zeugenbeweises war es unverträglich, dass Zeugen im Worte fallen konnten. Auf dem Gegensatze des modernen Verfahrens zum überwundenen Standpunkte des alten Rechts scheint mir folgende Stelle aus den Anciennes Coutumes de Ponthieu et de Vimeu (Marnier, Cout. de Picardie S. 123, X) zu beruhen: Se aucuns tesmoins *dit volagement* aucune cose anchois qu'il en soit appellés en cause de tesmongnage, pour che n'est il mie à repeller. Denn wäre dem so, so könnten zwei Personen, auf deren Zeugnis ich ausschliesslich angewiesen bin, aus Hass gegen mich durch vorzeitiges Deponieren mich beweislos machen. Nach älterem Rechte konnte überhaupt keine Rede davon sein, durch Zeugen beweisen zu wollen, qui me hayoient; denn es gab keinen Zeugenzwang.

Scheltenden und dem Gescholtenen zur Folge hat. Die Gefahr der Schelte besteht in allen drei Fällen hauptsächlich darin, dass der entscheidende Augenblick, in dem sie eintreten muss, durch ein Versehen oder durch Unentschlossenheit leicht versäumt werden kann. Allgemeine Ausdrücke für die Schelte sind *fausser, chalongier, calumniare*, specielle Anwendung auf die Meineidsschelte finden *lever* und *torner (par bataille)*.

Die Schelte des gegnerischen Eides kommt in zweifacher Anwendung vor. Entweder hat sie den Zweck, dem Gegner die Beweisführung durch seinen Eid unmöglich zu machen. Dann fügt sich dem ohne *appel de bataille* eröffneten Prozesse ein Kampfvertrag über die Wahrheit des Eides ein und das Verfahren nimmt den *gages de bataille* entsprechend seinen weitern Verlauf[1]. Oder [734] sie ist zweitens ein notwendiger formeller Akt in dem auf eine Duellklage hin eintretenden Beweisverfahren. Sie findet dann unmittelbar vor dem Zweikampfe statt. Der vom Kläger oder Beklagten geschworene Kampfeid *(serment de bataille)* wird vom Gegner als Meineid gescholten. Das bildet die juristische Unterlage des darauffolgenden Duells. Während im erstgenannten Falle die Schelte

[1] Verlegung des Eides durch Herausforderung zum Zweikampf war bekanntlich schon im altdeutschen Prozesse üblich. In den Quellen des altfranzösischen Rechts wird sie verhältnismässig selten erwähnt. Usage d'Amiens c. 57, Thierry a. O. S. 136 ... par son serement avelc l'essone s'en passera et se il (der Gegner) ne velt *lui* ou ses tesmoins lever. — De Fontaines XXI, 32: Wenn der Dingpflichtige schwören will, dass er nicht mit den anderen Urteilfindern Frist zur Urteilfindung erbeten habe — se tu as home qui fust au respit prendre, qui l'en vueille lever come parjure: fère le puet. — Établiss. de S. Louis I, 118 [éd. Viollet II 227, ch. 132]: Wer als Bürge in Anspruch genommen wird, entredet sich mit seinem Eide. Geht aber die Klage über 5 Sous, li autres li porroit chalongier par un champ [gage] de bataille ... Besonders deutlich die très anc. Cout. de Bret. ch. 134 bei Klagen sur tiltre d'heritaige. Der Beklagte erbietet sich zu schwören, dass sein Erwerbsgrund wahr sei und dass die Sache ihm gehöre und von Rechts wegen verbleiben müsse ... si la partie (der Gegner) ne vouloit chalonger la loy (den Eid) de la bataille (durch kampflichen Gruss), le deffenseur seroit quitte faisant la loy ... Si l'acteur vouloit chalonger la loy, avant qu'il eust fait serment, il pouroit dire: „Vous ne le pouriez faire (den Eid), car si vous le faisiez, vous seriez parjure" et en getteroit ung gaige en cour. Adonc seroit la bataille jugée par la coustume. Vgl. noch a. O. ch. 132: Bataille peut estre jugée pour ... trayson ... larcin (wo die Klage kampfbedürftig ist) ... pour parjurement (Fall der Eidesverlegung).

dem Verfahren plötzlich eine neue Wendung gibt, ist sie hier schon durch die Form der Klage geboten, die als kampfbedürftig eingebracht wird. Dort steht sie im Belieben des Gegners, hier muss sie vorgenommen werden, wenn anders die Partei dem im Kampfvertrage gegebenen Versprechen *de prouver par son corps* getreu bleiben will. Dort hat die Schelte zum mindesten ein gegebenes Eidesgelöbnis zur Voraussetzung, hier ist sie durch die Klage oder doch mindestens durch den Kampfvertrag anticipiert. Dort ist sie Ursache, hier Folge der *gages de bataille*[1].

[735] Ueber die Förmlichkeiten der Schelte des Kampfeides nach dem Rechte der Haute Cour von Jerusalem belehrt uns Jacques d'Ibelin. Knieend schwört der Kläger auf die Evangelien, dass der Klagevorwurf wahr sei. Wenn er ausgeschworen, aber noch vor dem Augenblicke, wo er sich wieder erhebt *(si tost come celui a juré, avant que il se lieve)* muss der Beklagte ihn an der Hand oder am Arm zunächst der Hand fassen und erklären: *Ge t'en lieve come faus et parjur.* Jacques d'Ibelin schärft es den Parteien ein, auf den richtigen Moment der Schelte wohl zu achten. Würde der Beklagte ihn versäumen, würde der Schwörende nach geleistetem Eide sich unbehelligt aus der knieenden Stellung erheben, so wäre jener sachfällig[2].

Gleiche Wachsamkeit und gleiche Raschheit des Handelns erfordert die Zeugenschelte, deren Zulässigkeit im allgemeinen ein Merkmal des formalen Zeugenverfahrens bildet. Der Eid, den

---

[1] In Bezug auf die Schelte des Kampfeides weisen die einzelnen Coutumes mannigfaltige Verschiedenheiten auf. Entweder ist es der Eid des Klägers oder der des Beklagten, der gescholten wird. Der Unterschied deutet auf eine Verschiedenheit in der Verteilung der Beweisrolle. Derjenige, der zuerst schwört, dessen Eid wird gescholten. In der Normandie ist es dem germanischen Beweisrecht entsprechend der Beklagte. Die Assisiae Normanniae bei Warnkönig, Franz. St.- u. RG. II 55 enthalten folgende Stelle: Quaeritur, quis campionum debeat primo jurare. Responsio: Ille qui defendit. Demnach schwört der Beklagte, die vorgeworfene That nicht begangen zu haben, und der Kläger schilt ihn meineidig. Cf. § 10, Somma II, 2. [Ebenso nach anglonormannischem Rechte. Bracton f. 141b. Aufsatz: De placitis et curiis tenendis in The Court Baron ed. Maitland u. Baildon 1891, S. 77: de iure iurandi pugilum pro terra.] Anders z. B. in Beauvoisis nach Beaumanoir LXIV, 9. Der Kläger schwört, dass sein Gegner fist le fet. Der Beklagte erklärt: ie voz en lieve comme parjure, und schwört sodann, dass der Kläger gelogen. [Vgl. Pfeffer in Ztschr. für rom. Philologie IX 48 ff.]

[2] Jacques d'Ibelin ch. 20, Beugnot I 460.

der Zeuge zu schwören sich anschickt oder eben beendigt, wird vom Gegner des Zeugenführers als Meineid erklärt. Wie bei Verlegung des Parteieides schliesst sich auch hier ein Kampfvertrag an die Schelte an. Der Beweis durch den Eid der Zeugen wird umgestossen *(torner)*. Das Zeugenverfahren löst sich in ein Verfahren *par gages de bataille* auf, vorausgesetzt, dass der gescholtene Zeuge auf seinem Zeugnis besteht. Dem entsprechend muss in die Scheltungsformel zugleich das Angebot des Zweikampfs aufgenommen werden, sonst wäre die Schelte wirkungslos, der Zeugenbeweis unumstösslich. Die *Coustume anchiene des wages de bataille* von Amiens[1] schreibt für die Zeugenschelte folgendes vor. Sobald der Zeuge sich auf die Kniee niederlässt und die Hand auf die Heiligen gelegt hat, um zu schwören, trete der Beklagte vorwärts und fasse den Zeugen an der Hand, die er auf die Heiligen gelegt und ziehe ihn empor *(lever)* und erkläre, dass jener ein falscher Zeuge sei, denn niemals und nirgends habe man gesehen oder gehört, dass er gethan, was jener von ihm bezeugt[2]. Darüber lege er sein Kampf- [736]
pfand in die Hände des Richters und erbiete sich, seine Worte gegen den Zeugen zu erweisen mit eigenem Leib oder durch einen andern, und behalte sich vor, einen Vormund im Kampfe und Erholung in Waffen, Wort und That und alles das, was beim Zweikampf dazu gehört, um Mannes Leib zu wahren, zu schützen und zu verteidigen. Nach den sogenannten Anciennes Constitutions du Châtelet[3] soll der Scheltende den Zeugen am Zipfel des Kleides[4] fassen und sagen: *Je lieve cestui come faus tesmoins et desloial.* Hieran schliesst sich das Angebot des Kampfes mit seinen weitläufigen Retenails.

Ueber den entscheidenden Moment, in welchem die Zeugenschelte anzubringen sei, herrschte unter den französischen Juristen des Orients eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit. Philipp von Navarra[5] und mit ihm Geoffroy Le Tort[6] verlangen, dass der

[1] Du Cange, Gl. II 68b.
[2] Et si tost come li tesmoins sera agenouilliés pour jurer et ara se main seur les Sains, chil à qui on demande le dete ou ses avocas devera aler avant et prendre le tesmoing par la main, qu'il ara mise seur les Sains, et lever et dire, qu'il est faus tesmoins et qu'il ne fu onques veus ne ois en lieu ne en estre à che faire, qu'il tesmoigne ...
[3] Art. 58 [éd. Mortet 60].
[4] „Et les doit tenir par les pans des robes".
[5] Ch. 10, Beugnot I 483.
[6] Ch. 23, Beugnot I 441.

Scheltende den Zeugen sofort nachdem er niedergekniet, um den Schwur zu leisten, an der rechten Hand fasse und schelte. Würde er so lange zögern, bis beide Zeugen geschworen haben, dann wäre ihr Zeugnis unumstösslich und jener hätte seinen Rechtsstreit verloren[1]. Anders fassen die beiden Ibelin die Sache auf. Nach ihnen soll die Schelte nicht bei Beginn, sondern am Schluss der Eidesleistung eintreten. Jacques d'Ibelin behandelt die Zeugenschelte im Anschluss an die Schelte des Kampfeides und sagt: *se il ne le fait tot ensi . . . il a sa quarelle perdue*[2]. Demnach ist der Schwörende zu schelten, wenn er zu Ende geschworen, aber noch bevor er sich aus der knieenden Stellung erhoben hat. Jean d'Ibelin, der dieser
[737] Frage eine ausführliche Erörterung widmet[3], begründet seine Ansicht durch den Wortlaut der Scheltungsformel: *tu mens come faus garent et je te lieve come esparjure.* Niemand ist meineidig *(esparjure)* wegen eines Eides, den er zwar leisten will, aber noch nicht geleistet hat. Und niemand ist ein falscher Zeuge, bevor er falsches Zeugnis gegeben und das hat er nicht gegeben, ehe er nicht falsch geschworen. Wer also den Zeugen schelten würde, ehe er geschworen, der hätte ihn ohne Grund wegen eines Meineids und falschen Zeugnisses gescholten. Käme es zum Zweikampfe, so müsste der Scheltende einen falschen Kampfeid schwören; er müsste ja sagen, dass jener meineidig sei, während er es doch nicht ist, so lange er nicht geschworen. Nach Recht und Herkommen und nach der Natur der Sache kann ja überhaupt kein gerichtlicher Zweikampf stattfinden um einer That willen, die einer begehen will, so lange er sie nicht wirklich begangen hat. Hätte jemand die Absicht, einen Mord zu vollführen oder den Lehnsherrn zu verraten, und hätte er auf die Heiligen geschworen, es zu thun, man könnte ihn doch nicht wegen Mord und Verrat herausfordern, so lange sie nicht vollführt sind. Denn vieles nimmt man sich vor zu thun und sagt, dass man es thun werde, was man dann doch nicht thut[4].

Die Ansicht, welche Jean d'Ibelin verficht, ist nicht von ihm

---

[1] et se celui qui en viaut l'un lever seufre tant que il aient andui juré, lor garentie sera ferme et il aura sa querele perdue. Phil. de Nav. a. O.

[2] Ch. 20, Beugnot I 460.

[3] Ch. 74, Beugnot I 119.

[4] Vgl. Clef. 101: Nul ne doit autre lever par gage de bataille coume esparjure, tant que il fait le sairement.

zuerst aufgestellt worden. Schon die Gründe, die er sich zu eigen macht, mussten seinem Vorgänger Philipp von Navarra bekannt gewesen sein; denn das Scheltungsverfahren, das dieser anrät, ist sichtlich darauf angelegt, die Einwürfe der Gegner von vornherein auszuschliessen. Er begegnet der betonten Gegenüberstellung von versuchter und vollbrachter That mit einem juristisch tadellosen Grunde der Strafbarkeit des Versuchs, welchen er den Scheltenden in die Scheltungsformel aufnehmen lässt. Bevor der Zeuge schwört, soll er befragt werden, ob er die Wahrheit der Aussage beschwören wolle. Wenn er diese Frage bejaht und zum Schwur niederkniet, so schelte man ihn sofort mit den Worten: *Lieve sus, car je t'en lieve com faus et parjure, car en toi ne remaint que tu ne te parjures*[1].

Beaumanoir hält es gleichfalls für nötig, den Zeugen vor der [738] Eidesleistung zu schelten. Und zwar schelte man den zweiten Zeugen. Den ersten möge man ruhig schwören lassen; denn mit einem Zeugen ist eine Sache noch nicht gewonnen, erst durch zwei Zeugen wird sie entschieden. Kommt aber der zweite zum Schwur, so nehme man sich wohl in acht und schelte ihn, bevor er geschworen, sonst ist die Schelte versäumt. *Si tost comme li secons s'agenoulle et tent se main as sains por jurer, cil qui veut apeler, doit dire au juge: Sire, chis tesmoins, que je voi aparellié et pres de tesmongnier contre mi, je le lieve de son tesmongnier comme faus et parjure*[2].

Das Urteil, welches nicht unverzüglich „*illico*"[3] gescholten wurde, war rechtskräftig. Bei dem geringsten Verzuge war die Schelte versäumt. In diesem Punkte stimmen trotz aller Verschiedenheit partikularrechtlicher Normierung die Coutumes durchweg überein. Das Erfordernis der Unverzüglichkeit war *Coutume du Royaume,* gemeines französisches Recht, ja man darf sagen, zu einer gewissen Zeit gemeines germanisches Recht[4]. Es hat sich

[1] Phil. de Nav. ch. 10. Vgl. Geoffroy Le Tort a. O.

[2] Beaumanoir LXI, 54. 55. Dagegen Anc. Const. du Châtelet Art. 40. 58 [éd. Mortet 42. 60]: Li reuz puet lever le premier ou le secont ou le tiers lequel qui mieix li plera ... und in der Scheltungsformel: Je lieve cestui come faus tesmoing et traistre et tous les deux autres aussi.

[3] Stil. Parl. § 2, I, ch. 20. Coutumes notoires Art. 166. Loysel l. c. II 235: Par la coutume du royaume on devoit appeller illico; autrement on n'y estoit jamais reçu.

[4] Vgl. über das deutsche Recht Siegel, Gefahr S. 26: „An verschiedenen Orten, ja, wie es scheint, in aller Regel war ... die Urteilschelte

in Frankreich noch erhalten, als an Stelle des Zweikampfs im Scheltungsprozesse eine Ueberprüfung des Verfahrens durch das höhere Gericht getreten war. So lange und soweit dies nicht geschehen, musste in die Scheltungsformel neben der Erklärung „*cis jugement est faus et malvès et desloiax*“ das rechtsförmliche Angebot des Zweikampfes aufgenommen werden. Das damit verbundene Darreichen des Kampfpfandes setzt die Schelte in die Reihe der Formalakte, bei welchen die formellen Worte eine formelle Handlung begleitet. Würde jemand das Beweisangebot versäumen, [739] so wäre die Schelte, wie in solchem Falle jede kampfbedürftige Klage[1], wirkungslos, *(li apiax ne vaut riens)*. Der Scheltende, der sich darauf beschränkt, das Urteil für falsch zu erklären, *apele nicement* und verfällt in Busse wegen *vilonie dite*[2], welche Beaumanoir bei *hommes coustumiers*, weil ihm der Bussbetrag von 5 Sous zu gering dünkt, durch eine Freiheitsstrafe zu verschärfen rät[3].

Nach dem Rechte der Landschaft Vermandois kann ein Urteil nur so lange gescholten werden, als nicht mehr denn drei Dingleute jenem, der es einbrachte, zugestimmt, Folge gethan haben *(s'accorder au jugement, s'assentir, suivre, ensuivre)*. Darum soll man ein Urteil durch nicht weniger als fünf Dingleute (den der es verkündigt oder einbringt, mitgerechnet[4]), fällen lassen. Denn sobald der fünfte Folge thut, *li fauserres . . . seroit . . . boutez arière de son fausement* und das Urteil wäre rechtskräftig[5]. In Beauvoisis ist zwar die Schelte auch dann gültig, wenn alle Dingleute Folge gethan, allein der Scheltende muss zur Durchführung seiner

---

auf die leichteste Weise verwirkt, indem sie stehenden, unverwandten oder unverrückten Fusses im buchstäblichen Sinne der Worte erfolgen musste“. [Ueber einen anglonormannischen Rechtsstreit aus der Zeit Wilhelms des Eroberers, in welchem ein Bischof eine Busse verwirkt, weil er das Urteil zu spät, nämlich nachdem es allgemeine Zustimmung gefunden, gescholten hatte, siehe Ztschr. f. RG., germ. Abt. II 205.]

[1] Die Urteilschelte ist eine rechtsförmliche Klage wegen ungerechten Urteils.

[2] Vgl. die Bussen wegen formwidriger Klage überhaupt oben S. 276. 288. 308.

[3] Beaumanoir LXI, 51. Vgl. l. c. 44.

[4] Dieser braucht es übrigens nicht immer mitgefunden zu haben. Vgl. Olim I 455 vom Jahre 1259: Castellanus respondit, quod ad hoc non tenebatur respondere, cum ipse non fecisset iudicium, ut dicebat (actor), set illut protulerat.

[5] De Fontaines XXI, 29.

Scheltungsklage mit allen Dingleuten kämpfen, die dem Urteile bereits beigetreten waren in dem Momente, da er die Schelte anbrachte. Er könnte nicht etwa nach Belieben einen von ihnen herausgreifen, um an ihm die Falschheit des Urteils zu erweisen[1]. Um solch ungleichem Kampfe auszuweichen, bitte man den Herrn, die Dingleute einzeln, jeden für sich, folgen zu lassen und schelte denjenigen, der zuerst Folge thut; dann kämpft man nur mit diesem[2].

Selbst wenn die Fährlichkeiten der Schelte glücklich überwunden sind, kann sie hinterher durch eine Unvorsichtigkeit der Partei wieder zu nichte werden. Würde nämlich der Scheltende von den gescholtenen Urteilfindern in irgend einer Sache ein Urteil annehmen, so hätte er damit auf die Schelte verzichtet[3]. Ein ver- [740]
fänglicher Anlass, den Scheltenden in dieser Beziehung in Versuchung zu führen, kann mit Leichtigkeit herbeigeführt werden. Wer die Schelte anbringt, bittet zugleich um einen Tag *à prover ce qu'il a arrami*[4]. Die Feststellung dieses Termines kann dem Scheltenden zum Schein bestritten werden mit den Worten: *que il n'auroit point de jor, se droit ne le disoit*[5]. Der Scheltende darf sich dann auf der einen Seite nicht weigern, zu hören, was Rechtens ist; denn das wäre *défaute en cort*, die sofort sachfällig macht. Andrerseits darf er von den Urteilfindern kein neues Urteil nehmen, sonst wäre die Schelte rückgängig gemacht. Durch dieses Dilemma zwängt er sich mittels der Erklärung hindurch, dass er zwar hören wolle, was Rechtens ist, aber nur von solchen Dingleuten, die an der Findung des gescholtenen Urteils nicht teilgenommen haben[6].

---

[1] Wer gegen mehrere Personen zugleich eine Duellklage einbringt, kämpft nach dem Rechte von Beauvoisis mit ihnen allen. Vgl. die Urteilschelte bei Jean d'Ibelin (oben S. 297) und den Kampf Iweins mit dem Ankläger Lunettens und dessen zwei Brüdern in Crestiens Chevalier au lyon.

[2] Stein a. O. S. 240 ff.

[3] Beaumanoir LXVII, 15 ... car il aroient renoncié à lor apel, porce qu'il tenroient à bons jugeurs cix de qui il aroient apelé. — De Font. XXII, 2, vgl. XXI, 55. Ebenso darf man von dem, welchen man kämpflich gegrüsst hat, keinen Eid nehmen, sonst verzichtet man auf den Appell.

[4] De Font. XXII, 1.

[5] ou en deist autres paroles, dont en li demandast, s'il vauroit oïr droit. De Font. XXII, 2.

[6] De Font. XXII, 2.

7. Kautelen.

A. Ohne Rücksicht auf die Zuziehung von Hilfspersonen.

Die Gefahr, die der Formalismus des Rechtsgangs in Verbindung mit der Unwiderruflichkeit des Wortes zur Folge hatte, fand bis zu einem gewissen Grade ein Gegengewicht in den Massregeln, die einer vorsichtigen Partei zu Gebot standen, um mit den Anforderungen des strengen Rechtes sich abzufinden. Unter diesen Kautelen können wir unterscheiden solche, welche in der Zuziehung von Hilfspersonen bestehen oder sie voraussetzen, und solche, welche davon unabhängig sind, welche die Partei in ihren eigenen Erklärungen zur Anwendung bringen kann. Eine erschöpfende Aufzählung der einzelnen Kautelen ist, wenn sie verständlich sein soll, nur im Anschluss an eine detaillierte Darstel-
[741] lung des ganzen Rechtsgangs ausführbar. Zudem herrscht unter den Coutumes keine durchgehende Uebereinstimmung in Bezug auf die Zulässigkeit einzelner Vorsichtsmassregeln, eine Erscheinung, die zum Teile aus den lokalen Verschiedenheiten der Formvorschriften, zum Teile aus der hier mehr, dort minder vorgeschrittenen Milderung des strengen Rechtes zu erklären ist. Die folgenden Kautelen wollen daher nur beispielsweise angeführt sein und dürfen nicht als überall und allgemein zulässig betrachtet werden [1].

1. Es wird der Partei, welche eine gefahrdrohende Handlung vorzunehmen hat, gestattet, den Richter um Unterweisung zu bitten, wie sie vorzunehmen sei. So bestimmen z. B. die *Usages de la cité d'Amiens:* Wer nicht weiss, wie ein Zeuge gescholten werden soll, der darf den Maire darum fragen und der Maire muss ihn belehren, wie man den Zeugen schelten soll [2].

---

[1] Ueber die Kautelen des deutschen Rechtsgangs vgl. Siegel, Gefahr S. 18 ff. Um auch hier die Uebereinstimmung des deutschen und des französischen Rechts möglichst zur Anschauung zu bringen, habe ich mich bei der folgenden Auswahl zumal auf solche Beispiele beschränkt, welche den von Siegel angeführten entsprechen oder doch analog sind.

[2] A. O. Art. 44, Thierry S. 135: Derechief quiconques soit qui'l ne sache mie, comme il doit et puist tesmoins lever, il le puet demander au maieur, comment il le puet et doie lever, et li maires li doit enseignier et chertéfier, comment il le puist et doie lever.

2. Hatte eine Partei den Formvorschriften gemäss sich zu einem prozessualen Akte erboten, so verlangte sie zu ihrer Sicherheit, dass durch Urteil festgestellt werde, wie sie dabei vorzugehen habe. Handelte es sich um Durchführung eines abgeschlossenen Kampfvertrages, so fragte sie um ein Urteil, in welcher Bewaffnung sie erscheinen müsse [1]. *Sire, faites noz dire à la court, quels armes il nos convendra aveir à nos combatre.* Daraufhin muss der Richter die Dingleute auffordern, ein Urteil zu finden über die [742] Frage, in welchen Waffen die Kämpfenden sich zu präsentieren haben, *et la court le deit conoistre selonc ce que il sont chevaliers ou serjans* [2].

3. Hiermit verwandt ist die Vorsichtsmassregel, die nötigen Anträge nicht bestimmt zu formulieren, sondern sich von vornherein auf den Ausspruch der Dingleute zu berufen, indem man erklärt, dass man thun wolle, was das Gericht für nötig erkennen werde, oder was man von Rechts wegen thun solle. So konnte nach *Li Livres de Jostice et de Plet* der Kläger, anstatt den Beweis durch gerichtlichen Zweikampf anzubieten, sich in folgender Weise äussern: *s'il* (der Beklagte) *viaut dire que ce ne soit voirs, il* (der Kläger) *est prez de mostrer et de l'avérer que ce est voirs, si comme la cort agardera (esgardera) que il fere le doie* [3]. Der Beklagte hinwiederum durfte antworten: *Et je sui prez de fere encontre tel ni et tel deffansse comme je doi* [4]. Die Berufung auf ein belehrendes Urteil der Dingleute, mag sie nun nach rechtsförmlichem Angebot (2) oder anstatt desselben erfolgen, nannte

[1] Das war von tiefgreifender, praktischer Bedeutung; denn fehlerhafte Bewaffnung hatte die nachteiligsten Folgen. Nach der Cout. anch. des wages von Amiens ist die Partei, die in besserer Rüstung erscheint, als sie soll, sofort sachfällig. An die peinlich genauen Vorschriften über die Ausrüstung schliesst sich die Bemerkung an: et s'autre coze avoi(t) seur li, il perdroit se querelle. Du Cange, Gl. II 68b. Nach Beaumanoir LXIV, 2 werden einem solchen die Waffen alle abgenommen und er kämpft en pure chemise. Siehe Stein a. O. S. 229. Nach Philipps des Schönen Ordonnanz von 1306 bedingt sich die Partei bei der Präsentation zum Zweikampf: que si son ennemy . . . portoit aultres armes . . . qu'il ne devoit porter selonc la constitution de France, que icelles luy soient ostées et que en lieu d'icelles nulles autres n'ayt n'y puisse avoir. Du Cange, Gl. II 957c.

[2] Jean d'Ibelin ch. 89.

[3] L. L. d. J. § 1, XIX, 1.

[4] A. O. § 1, XIX, 4.

man *se couvrir du fait de la court,* die durch das Urteil gegebene Belehrung *couverture de court.* Das Verlangen des Urteils hatte ja den Zweck, vor einem fehlerhaften Antrag oder einer fehlerhaften Ausführung eines gemachten Antrags zu sichern. Hatte die Partei hierüber ein Urteil der Schöffen, so konnte sie gefahrlos darnach handeln, das Urteil deckte ihr Vorgehen, wenn ihm dieses entsprach. Aber nicht allenthalben war dies Auskunftsmittel gestattet. Im Verhältnis zum strengen Rechte haben wir seine Zulässigkeit als Ausnahme anzusehen. Eine Quelle des anglonormannischen Rechtes betont ausdrücklich, dass der Beklagte mit der Erklärung: *quod velit se defendere sicut curia . . consideraverit* als *non defensus* zu betrachten sei, denn mit nichten sei es Sache des Gerichts, ihn zu belehren, wie er sich zu verteidigen habe[1]. Und das *Abrégé du livre des Ass. de la Cour des Bourgeois* erklärt die Mordklage, bei welcher man den Beweis des Mordes auf das
[743] Urteil der Cour stellt, für nichtig *pour ce que ce est fait dou murtre, à qui couverture de court n'a adons (alors) mestier*[2].

4. Gewissen Formvorschriften gegenüber wird es der Partei gestattet, sich vorzubehalten, dass ihr ein Verstoss nicht zum Schaden gereichen solle. Die Wirksamkeit derartiger Vorbehalte ist jedoch auf bestimmte Fälle beschränkt, an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Aus dem Rechte von Beauvoisis gehört das Retenail gegen die Folgen der Namensverwechselung, aus dem von Lille gehört der Vorbehalt des Stammlers und des Fremden gegen das Missesprechen, sowie der gegen die Formvorschriften über die Handauflegung beim Eide hierher.

5. Die umfassendste Erleichterung vermochte die Partei sich dort zu verschaffen, wo es zulässig war, sich vom Gerichtsherrn oder dessen Stellvertreter die Befreiung vom Formalismus des Prozesses auszuwirken. Das war in Bezug auf die Gefahr der Rede nach altem Rechte von Lille der Fall. Wenn der Sachwalter um das Zugeständnis bat, ohne Gefahr sprechen zu dürfen (*congiet de parler sans entrepresure*), so konnte der Vertreter des Gerichtsherrn diese Erlaubnis geben, und zwar entweder nur soweit, als

---

[1] Bracton f. 138b: si . . . simpliciter dicat, quod velit se defendere sicut curia domini regis consideravit, nisi plus dicat, non erit defensus, quia non pertinet ad curiam regis instruere eum, qualiter se defendere debeat.

[2] Abrégé II. partie, ch. 26 bei Beugnot II, 337.

es sich um Bussen bis zum Betrage von 60 solidi handeln würde, oder auch ohne eine solche Beschränkung beizufügen. Stets aber sollte *chius qui tient le liu dou signeur* die Bitte um Nachsicht des strengen Rechts nur mit einer Klausel gewähren. „*Bien me plaist*, soll er sagen, wenn er die Befreiung gewährt, *que vous parles sans entrepresure, sauf che que vous ne dites lait à eschevins ne à autrui.*“ Die eximierte Partei soll durch die Exemtion von den drohenden Bussen nicht etwa die Befugnis erhalten, in ihrer Rede die Schöffen oder andre Personen ungestraft verunglimpfen zu dürfen[1]. Ab-

[1] Roisin S. 29, nr. 6: Apries le présentement fait ... li demandans par lui ou par amparlier doit ... dire ... ce qu'il demande à son adversare ... et doit *parler par loy*, s'il n'en prent congiet au tenant le liu dou signeur et qu'il li doinst congiet *de parler sans entrepresure*. Et s'il li donne congiet de parler sans entrepresure treschi a LX sous ou parmi nient quil ni maiche point de nombre d'argent, si doit biens chius qui tient le liu dou signeur dire ... etc. wie im Texte. Parler par loy ist mir so viel als dicere per legem, dem strengen Rechte gemäss sprechen. Anders fasst die Sache Brun-Lavainne in der Inhaltsangabe dieses Abschnitts: „il (le demandeur) *doit faire parler un homme de loi*, s'il n'a demandé et obtenu du lieutenant du seigneur l'autorisation de parler par lui-même en se conformant aux usages. Le lieutenant du seigneur peut accorder cette permission sous peine de LX sous d'amende en cas d'infraction ou même sans stipuler une somme d'argent. Mais dans tous les cas il doit dire: il me plait bien que vous parliez sans vous écarter des usages et (!) pourvu que vous ne disiez rien d'offensant aux échevins ni à d'autres“. Das ist unrichtig. Die Partei bittet nicht um Befreiung vom Vorsprecherzwang, denn ein solcher existierte nicht (siehe Roisin S. 25, nr. 11), sondern um congiet de parler sans entrepresure. Auf den Gegensatz, in dem dieses zum parler par loy steht, wird der Ton gelegt. Ein Zugeständnis, mit Beachtung aller Förmlichkeiten sprechen zu dürfen, wie Brun-Lavainne diesen Passus fasst, ist ein Unding. Darum braucht die Partei nicht erst zu bitten. Und wozu dann die Ausnahme des lait dit bezüglich der Schöffen und anderer, das doch gewiss nicht conforme aux usages war. Durchschlagend ist folgendes: 1351 wurde in Lille der alte Eidesformalismus aufgehoben und bestimmt, dass die Parteien puissent jurer sans aucune entrepresure (Roisin S. 35). Hier wird es durch den Zusammenhang (il ne poet meffaire amende aucune pour le dit sairement) und durch die Ordonnanz von 1350 (Roisin S. 388) ausser Zweifel gesetzt, dass nicht ein Recht mit Beobachtung aller Förmlichkeiten, sondern ein Recht, gefahrlos zu schwören, statuiert werden sollte. In ähnlicher Weise ist der Ausdruck congiet de parler sans entrepresure zu fassen.

In Fällen, wo der Richter das Recht hatte, von der Partei einen Eid zu verlangen, konnte er sich nicht etwa bloss die Gefahr des Eides, sondern den Eid selbst abkaufen lassen. Wenn die vorgeladene Partei sich zweimal wegen echter Not hat entschuldigen lassen, doit avoir li prevos de cascune

[714] gesehen hiervon ist sie dem Gerichte gegenüber wegen Formfehlers von jeder Busse oder doch von den Bussen bis zu 60 Sous befreit.

Nach den Établissements de Saint Louis konnte, wie es scheint, die Partei, respektive deren Vorsprecher, durch ein Urteil der Schöffen feststellen lassen, dass eine Unvollkommenheit der Rede, ein Verstoss gegen das strenge Recht, weder dem Gerichte, noch dem andern Streitteile gegenüber zum Schaden gereichen solle[1].
[715] So glaube ich wenigstens den Vorbehalt verstehen zu dürfen, welchen der Vorsprecher des Beklagten seiner Rede anfügt, indem er erklärt: *Si fais je bien retenuë de plus fere et de plus dire en lieu et en temps quand droit m'i amenra*[2] .... *si que je ne chiée mie en tort envers le demandeur ni à la justice*[3], *dont je vous requiers droit comme à justice, se vous le me devés fere ou non,... et la justice li doit faire esgarder en la court par droit...*

Aus dem Gebiete des anglonormannischen Rechtes ist der „*coungé de beul pleder*", die „*licentia pulchre placitandi*" hierherzuzählen, worunter die von den Parteien ausbedungene Befreiung von der Gefahr der Rede zu verstehen ist. Durch Prov. 43, Henry III. c. 11; Stat. de Marleberge 52, Henry III. c. 11; Stat. Westminster I. 3, Edw. I. c. 8 und 1 Edw. III. st. 2, c. 8 wurde es verboten, diese Erlaubnis den Parteien gegen Ablösungssummen, Fines, zu verkaufen. Notwendig wurde dieses oft erneute Verbot

---

(sonne) III sous artisiens s'il les viult, s'il les (les sonnes) voet laissier passer sans serment. Roisin S. 27, nr. 4.

Durch Schöffensatzung vom 3. Oktober 1351 wurde die Gefahr der Rede in Fällen der Präsentation zum Eide überhaupt aufgehoben. Das Fehlen im Worte sollte von da an in Lille nicht mehr geahndet werden. Et est assavoir que *se* les parties se sont présentées à l'entente d'eschevins souffisamment, que ens es paroles dire ne kiet nulle mespresure (Roisin S. 31, nr. 4). Richtige Präsentation, von welcher in den unmittelbar vorausgehenden Abschnitten (S. 31, nr. 2. 3) die Rede war, gilt als Voraussetzung der Befreiung von der Gefahr der Rede. Brun-Lavainne kehrt auch hier den Gedanken des Rechtsbuches vollständig um, wenn er sagt: Il est assavoir que les parties sont duement présentées à l'audience, quand les paroles ci-dessus ont été dites sans altération.

[1] Établ. II, 14 [éd. Viollet II 373]. Die Stelle kann wegen der vielfachen Beziehungen auf den Codex Justin. nur mit Vorsicht benutzt werden. Ich gebe daher diese Interpretation nur mit Reserve.

[2] Folgt eine Verweisung auf l. 2 Cod. Just. VII, 50 (sentent. resc.).

[3] Damit ist doch wohl mehr als ein blosses Amendement de la parole gemeint.

durch die Unsitte, dass mancher Richter die Parteien so lange schikanierte (*occasionabat arguendo et redarguendo*), bis sie *finem faciebant pro pulchre placitando*, d. h. bis sie sich durch Versprechen einer Pauschalsumme ein für allemal von den Bussen für etwaige einzelne Verstösse loskauften[1].

Den genannten Kautelen, die entweder nur lokal oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommen, reiht sich die allenthalben zulässige Massregel der Zuziehung von Hilfspersonen und — was hierdurch ermöglicht wird — das Amendement *de la parole* an. Die Quellen kennen ein zweifaches Amendement, ein *amendement d'armes* und ein *amendement de la parole*. [746]
Das erstere wird in der Formel vorbehalten, durch die man sich zum gerichtlichen Zweikampf präsentiert und bezieht sich auf Verbesserung in der Ausrüstung nach erfolgter Präsentation[2]. Um das zweite zum Verständnis zu bringen, ist es nötig, vorerst die rechtliche Stellung der dabei in Betracht kommenden Hilfspersonen, der Konsulenten und der Vorsprecher, ins Auge zu fassen.

B. Konsulenten.

Für ein Gebot der Vorsicht galt es, einen wichtigen Rechtsstreit vor Gericht nicht allein auszufechten. Allenthalben gestattete es die Rechtssitte, sich mit Helfern und Beiständen zu versehen, deren Erfahrung und Umsicht den Streitteilen in entscheidenden

[1] Statutes of the Realm I, 9. 22. 28. 256, Fleta 147, § 18, Britton I 80, A. Ans. Coke, Institutes of the Laws of England II 122, Reeves, History of the engl. Law II 70. Ein ähnlicher Missbrauch herrschte in Westfalen im fünfzehnten Jahrhundert. Siegel, Gefahr S. 19. Anders stand die Sache in London, für dessen Gerichte durch ein Privileg König Heinrichs II. von 1154 die rechtlichen Folgen der Miskenninga (des Missesprechens) überhaupt aufgehoben wurden: Hoc etiam eis concessi quod in civitate in nullo placito sit Miskenninga. Houard, Anciennes Loix des François (Rouen 1766) II 263. Leges Henrici I. bei Schmid, Gesetze der Ags. S. 435, § 8, und ferner LL. Henr. I. c. 22: transeunt autem (causae) in mislocutione, miskenninge, quae magis *inhorruit* in Londonia. Miskenninga hiess auch die Busse, welche für das Missesprechen bezahlt wurde; in dieser Bedeutung findet sich das Wort häufig in den Immunitätsurkunden für englische Kirchen. Du Cange, Gl. IV 432, Schmid a. O., Gl. S. 632. [Liber albus ed. Riley I 295: qe nul povere soit chalaunge pur ce qil ne die paroles duez en court selonc la ley.]

[2] Siehe das Bruchstück aus der Coutume von Amiens bei Du Cange II 67c und die Präsentationsformel bei Beaumanoir LXIV, 5.

Momenten zu Hilfe kommen sollte. Während die Partei sprach und handelte, flüsterten sie ihr Belehrung und Warnung zu. Vor schwierigeren Stadien des Verfahrens, für welche das blosse Zuraunen nicht ausgereicht hätte, bat sie um ein Gespräche und erhielt vom Richter die Erlaubnis, abseits zu treten, um die Helfer zu fragen, was sie zu thun und zu lassen habe. Nach dem Rate, den sie da empfing, mag sie dann getrost weiter vorgehen; denn bei solchen Gesprächen hört man *les bonnes opinions et subtiles choses et illeques connoist l'en les sages* [1].

Solche Rechtsfreunde werden von den Quellen in ihrer Gesamtheit *conseil, consel* genannt. Ebenso heisst der einzelne Gehilfe; mitunter wohl auch *conseillier* [2]. *Conseil* bezeichnet ferner das Gespräche, in dem die Partei sich beratet und den Rat, den sie darin erhält.

Misslich ist es, sich ohne Konsulenten in einen Rechtsstreit einzulassen. Mag man auch ein noch so trefflicher *plaideor* sein, es ist doch niemand weise genug, als dass er nicht von einem andern über das, was ihm frommt, während der Verhandlung mit Nutzen belehrt werden könnte. Denn zwei Plaideurs wissen mehr
[747] und sehen schärfer und fehlen minder leicht als einer allein [3]. Und *uns souls hons ne puet si bien dire, que on n'i puisse mal noter* [4]. Wer es aus Leichtsinn oder allzugrossem Selbstvertrauen verschmäht, den Rat eines andern einzuholen, dem konnte es leicht ergehen, wie es Lunetten erging, die den unglücklichen Ausgang ihres Prozesses dem Mangel an Conseil zuschreiben musste [5].

Ist die Partei nicht in der Lage, sich selbst die nötigen Konsulenten zu verschaffen, so ist der Richter verbunden, ihr auf Verlangen, und sei es aus den Dingleuten, solche zur Seite zu stellen. Eine altfranzösische Spruchdichtung fasst diesen Rechtssatz in folgende Verse:

Amis quant tu as à plaidier
Et tu n'as qui te voeille aidier,

---

[1] Très anc. Cout. de Bret. ch. 6. B. d. R. IV 201b, wiederholt in ch. 53.

[2] Z. B. Beaumanoir V, 21: Très anc. Cout. de Bret. ch. 263; Varin, Archives lég. de la ville de Reims, Statuts I, p. XII.

[3] Jean d'Ibelin ch. 11.

[4] Li Usage de Borgoigne ch. 7.

[5] Vgl. die oben S. 280 ausgeschriebene Stelle aus dem Chevalier au lyon.

Ton jugeour Conseil demande,
La Loi du droit si le commande[1].

Eine Verpflichtung des Gerichtes, die Parteien mit Konsulenten zu versehen, scheint ursprünglich nur gegen Witwen, Waisen und *homines minus potentes* bestanden zu haben[2]. Die Fürsorge für derartige Streitteile dürfte der Ausgangspunkt der ganzen Einrichtung gewesen sein, deren Ausdehnung durch die Verfeinerung des gerichtlichen Formalismus geboten wurde. In den mit Lehensleuten besetzten Gerichtshöfen ist die Beratung einer des Conseils darbenden Partei eine aus der Lehnstreue resultierende Pflicht gegen den Gerichtsherrn. Der Urteilfinder, den die Partei zum Konsulenten verlangte, konnte vom Herrn gezwungen werden, in deren Conseil einzutreten, und der Herr musste ihn dazu zwingen, vorausgesetzt, dass er unter seiner Lehnsgerichtbarkeit stand. Nach [748] den Assises von Jerusalem ist derjenige, der das Conseil verweigert in Fällen, wo er es leisten soll, ausgestossen aus der Ritterschaft, er ist unfähig zum Zeugnis, weil er keinen Ritter mehr kampflich grüssen darf, sein Lehen fällt heim und er wird als *home desleaus* behandelt[3].

Da die Zuweisung von Rechtsbeiständen, wenn man sie begehrte, nicht verweigert werden konnte, so wurde es hie und da Gebrauch, sich die Konsulenten erst vom Richter aus der Reihe der Dingleute zu erbitten. Das bot Vorteile. Einmal mussten

---

[1] Du Cange, Gloss. aus Cato Vernaculus II 552a s. v. consilium. Vgl. Beaumanoir V, 19: se partie me requiert, que je li baille conseil par le sien comme cil qui n'en pot point avoir por le doute de chelui à qui il plede ou por doute d'estre malvesement paiés et je commant à l'avocas qu'il voist à son conseil, il doit obeir au commandement. Nach dem Rechte von Lille erklärt das Gericht unaufgefordert der Partei: Jou vos offre consel et amparlier ... Roisin S. 22, nr. 2; S. 23, nr. 6.

[2] § 3, Cap. legg. add. 818/9, Pertz I 211 [Cap. I 281]: De viduis et pupillis et pauperibus ... si legem nescierint, comes illos vel illas adiuvet dando eis talem hominem qui rationem eorum teneat vel pro eis loquatur. Vgl. Zeugen- und Inquisitionsbeweis S. 213.

[3] Livre au Roi ch. 24 bei Beugnot I 622. Anders nach dem Stadtrechte von S. Dizier, Art. 187 der Raisons ... Als die dortigen Schöffen in Ypern anfragten, ob ein Schöffe, der ohne Erlaubnis des Bailli sich erhob, um einem Freunde als Konsulent beizustehen, Busse verwirkt habe, antwortete man ihnen, Busse sei nicht verwirkt, allein: eschevin ont ordeney, que il ne conseilleront nulle partie en plaine vierscare fort veves et orphenins.

diese mit den Förmlichkeiten und Feinheiten des Prozesses ganz besonders vertraut sein. Und dann konnte man füglich erwarten, dass sie ihren Einfluss zu Gunsten der von ihnen vertretenen Partei bei der Urteilfindung geltend machen würden[1].

Das Verlangen nach Conseil musste gleich bei Beginn des Prozesses gestellt werden. Liess sich eine Partei ohne Konsulenten in den Streit ein, so musste sie diesen auch allein durchführen,
[749] denn bat sie erst während der Verhandlung darum, so konnte der Gegner die Erfüllung dieser Bitte durch seinen Widerspruch verwehren[2].

Kein Anrecht auf Zuteilung von Konsulenten haben nach der ältesten Coutume der Bretagne jene, die auf handhafter That ertappt oder im Besitze der gestohlenen oder geraubten Sache ergriffen worden sind. Will jemand aus freien Stücken solchen Personen als Helfer oder Vorsprecher beistehen, so wird er als solcher nur zugelassen, wenn er eidlich beteuert, dass er von der Unschuld des Beklagten überzeugt sei[3].

Die Zahl der Konsulenten, die man vom Gericht verlangen kann, ist in den einzelnen Coutumes eine verschiedene. Nach den Assisen der Haute Cour von Jerusalem [und der von Antiochia[4]]

---

[1] Die Teilnahme am Conseil der Partei schloss von der Urteilfindung nicht aus. Jean d'Ibelin ch. 28, Abrégé p. II, ch. 40. Das wurde aus Rücksicht auf die notwendige Unparteilichkeit der Urteilfinder hier früher, dort später abgeschafft. Bei Beaumanoir LXVII, 17 erscheint es noch als angefochtene Neuerung, dass die Partei den Konsulenten des Gegners von der Urteilfindung zurückweisen dürfe ... et l'une des resons (de debouter jugeurs) si est, s'il a esté au conseil de l'autre partie, porce que douteuse coze est, que on ne juge pas volentiers contre ce que on a conseillié: neporquant nostre home de Clermont dient, que il puent bien estre au conseil de l'une partie et après estre au jugement. Beaumanoir bestreitet dies und erzählt, er habe es seiner Zeit als Bailli nie geduldet, vorausgesetzt, dass eine Partei auf Ausschliessung antrug. Die Dingleute von Clermont verfochten in dieser Frage ihr althergebrachtes, geschichtlich begründetes Recht, das freilich zur eintretenden Umformung des Verfahrens nicht mehr passte, während der Bailli seiner Rolle getreu für die Grundsätze der angebahnten Prozessreform eintrat. — In Lille wurden 1341 die Conseilliers und Vorsprecher von der Schöffenbank ausgeschlossen: car presumptions vehemente est que uns ou cascuns vauroit jugier pour la partie qu'il averoit consilliet. Roisin S. 364. Vgl. Ass. Norm. Warnk. II 49.

[2] Jean d'Ibelin ch. 16.

[3] Très anc. Cout. de Bret. ch. 18. 237.

[4] [Assises d'Antioche reproduits en français 1876, S. 26.]

kann man in der Regel zwei, nach der ältesten Coutume der Bretagne darf man ihrer vier aus der Reihe der Dingleute beanspruchen. [Eine Verordnung des normannischen Echiquier gestattete drei in dem Gerichte der Vicomté, vier in den Assisen[1].] Die auf die Wahl des Conseils bezüglichen Normen, die nach dem französischen Rechte des Orients sehr ins Detail gehen, kommen hier nicht in Betracht.

Nicht bloss die Parteien hatten Anspruch auf Conseil. Auch die von ihnen vorgeführten Zeugen musste das Gericht nach den Assises der Haute Cour mit Konsulenten versehen. Bei den Aussagen und Handlungen der Zeugen war ja der Formalismus des Prozesses nicht minder gefahrdrohend, wie bei jenen der Parteien, weshalb für beide in gleicher Weise das Bedürfnis nach Conseil obwalten musste.

Soweit bisher die Funktionen der Konsulenten in Betracht gezogen worden, ist ihre Thätigkeit nur von mittelbarem Einfluss auf den Gang des Verfahrens. Die Konsulenten können aber nach französischem Rechte auch unmittelbar handelnd in den Rechtsstreit eingreifen. Sie beschränken sich nicht immer auf das Zuflüstern während der Rede und auf die Belehrung während des Gesprächs, sie dürfen unter einer bestimmten Voraussetzung vor Gericht während der Verhandlung laut und vernehmlich das Wort ergreifen, um die Rede des Sprechers zu verbessern und zu ergänzen. Dieser Fall tritt ein, wenn der Sprecher *par amendement du conseil* das Wort führt. Es ist dies gerade jene Seite der Wirksamkeit des Conseils, die ihm zum Unterschied von den Helfern und Beiständen des sächsischen Prozesses den Charakter eines Rechtsinstituts [750]
aufprägt, während diese nur eine faktische, keine rechtliche Bedeutung geniessen. Bei Darstellung des *amendement de la parole* wird davon noch des näheren die Rede sein.

C. Vorsprecher.

Wer seiner Sache sicher sein will, der thut gut daran, sein Wort nicht selbst zu sprechen, sondern sich einen Vorsprecher zu nehmen, damit dieser für ihn das Wort führe, *qui mostre sa parole*,

---

[1] [Glosse zum Grand Coutumier de Normandie ch. 64, Druck vom Jahre 1523: car on ne doit pas tant prendre que la court ne demeure suffisamment garnie pour iuger.]

dit sa parole, à parler et conter pour soy. Das war gut aus mehreren Gründen. Einmal sicherte man sich dadurch das Recht, die Rede des Vorsprechers bessern zu dürfen. Davon später. Zu diesem juristischen Motive gesellten sich Gründe thatsächlicher Natur. Zum Vorsprecher wählte man einen klugen, redegewandten Mann, der, im Rechtsgang wohl erfahren, die Pläne und Anschläge des Gegners durchschaut und seine Anträge in der vorteilhaftesten Weise zu stellen vermag. Dann spricht ja jeder besser in fremder Sache als in eigener. Der Vorsprecher wird in seinem Interesse durch den Gang des Prozesses weniger betroffen als die Partei. Er bleibt kühl und leidenschaftslos, während diese leicht durch Aufwallung und Zorn ausser Fassung gerät, wenn ihr etwas nicht nach Wunsch und Willen geht[1].

Der Vorsprecher wird in den altfranzösischen Rechtsdenkmälern *avantparlier*, *emparlier*, *porparlier*[2], *conteur*, *razonador*[3], *avocat*, bei Britton *countour*, *serjant*, in den lateinisch geschriebenen Quellen *prolocutor*, *praelocutor*, *narrator*, *advocatus* genannt[4]. Manchmal werden die Vorsprecher von den gewöhnlichen Rechtsbeiständen gar nicht geschieden, sondern gleich diesen *conseil* genannt. So namentlich bei den Juristen der Assises der Haute Cour und in
[751] der T. A. Coutume de Bretagne. In England werden bekanntlich noch heute die Advokaten Counsels genannt[5]. Diese Gleichheit des Namens erklärt sich aus dem Umstande, dass gewöhnlich einer aus dem Conseil für die Partei das Wort führte. Und da in ge-

---

[1] Jean d'Ib. ch. 11, Beaum. V, 9. Vgl. Fleury, Institution au droit franç. I 130.

[2] Porparlier in der franz. Bearbeitung des sog. Schwabenspiegels passim. Vgl. noch Camus, Lettres sur la profession d'avocat ed. Dupin I 43. 159.

[3] [Südfranzösisch aus rationator. Cout. de Puymirol c. 7, Nouv. Rev. hist. 1887, S. 307.]

[4] Avocat wird mit Vorliebe auf denjenigen angewendet, der das Vorsprechen als Lebensberuf treibt und als Vorsprecher eingeschworen worden ist. Beaumanoir V, 5. Avantparlier ist der Vorsprecher schlechtweg, auch derjenige, der in einzelnen Fällen etwa aus Freundschaft der Partei unentgeltlich oder entgeltlich Vorsprecherdienste leistet. Die Vertretung im Worte war eben damals noch nicht Monopol eines geschlossenen Standes, wenn auch die Ansätze zur Bildung einer Zunft bereits vorhanden waren. Siehe Stein a. O. S. 391 ff. Warnkönig I 351.

[5] Blackstone III 26. Rüttimann, Der englische Civilprozess, Leipzig 1851, S. 57 ff. Gundermann, Englisches Privatrecht I 439.

wissen Fällen jeder Konsulent das Wort ergreifen konnte, so mochte sich derjenige, der zugleich Vorsprecher war, nicht immer in hervorragender Weise aus der Reihe seiner Genossen herausheben. Nichtsdestoweniger ist, wie ich glaube, für den altfranzösischen Prozess der Unterschied zwischen *avantparlier* und Conseil im Wesen der Sache festzuhalten [1]. Die Thätigkeit des Vorsprechers geht über die des gewöhnlichen Konsulenten hinaus. Auch dort, wo der *avantparlier* dem Conseil beigezählt wird, kann doch nur einer aus demselben für die Partei plaidieren. So soll nach Beaumanoir V, 8, wenn eine Partei auch noch so viele Leute in ihrem Conseil hat, doch nur einer allein erkoren werden, um für sie zu sprechen. Würden nämlich alle oder mehrere Konsulenten das Wort führen, so würde der Richter gestört durch die Menge der Reden und würden die Prozesse zu lange dauern, *et por ce afiert il qu'il ne parole que li un.* Nur ausnahmsweise, wenn es sich um die Besserung der Rede des Vorsprechers handelt, kann jeder beliebige Konsulent zum Worte kommen. — Gerade die Assises der Haute Cour bringen trotz der gleichartigen Bezeichnung den erwähnten Unterschied mitunter zu klarem Ausdruck. Die Partei liess sich die Konsulenten vom Richter aus den Dingleuten geben. Diese waren verpflichtet, in das Conseil zu gehen. Einer aus dem Conseil fungierte als Vorsprecher. Allein die Lehnspflicht erstreckte sich nur auf das *conseiller* und *nul home lige ne deit dire parole en court por nullui, ce il ne viaut* [2]. Die Partei mochte daher, wenn sie das Conseil begehrte, stets einen Urteilfinder als Konsulenten verlangen, von dem sie im voraus wusste, dass er das Vorsprechen nicht verweigern werde [3]. In derselben Haute Cour bedurften die Zeugen, um das Zeugnis abzulegen, unumgänglich eines Vorsprechers, denn beide Zeugen müssen gemeinschaftlich und zu glei- [752] cher Zeit das Zeugnis geben und das lässt sich nur dadurch be-

[1] Anderer Ansicht Odier, Esquisse du droit féodal, Revue historique de droit français et étranger VIII 433.

[2] Jacques d'Ib. ch. 39, Beugnot I 462. — Assises de Romanie c. 146 bei Canciani, LL. III 520: Der Gerichtsherr gibt Konseil. Ma advocato lo non è tegnudo a dar.

[3] [Nach den Coutumes de Puymirol c. 7, Nouv. Revue hist. 1887, S. 307 soll das Gericht der Partei auf Verlangen einen razonador gewähren. Wer sich ohne genügenden Entschuldigungsgrund weigert, als Vorsprecher einzutreten, darf binnen Jahresfrist im Gericht für keinen anderen das Wort führen.]

werkstelligen, dass ein Vorsprecher die Worte der Zeugenaussage spricht, die sie dann beide für ihr Wort erklären. Weigert sich der den Zeugen vom Richter gegebene Konsulent für sie zu sprechen *(por ce que l'om dit que les homes liges ne doivent servize de moustrer parole*[1]*)*, so kann der Richter ihn dazu nicht zwingen. Der Zeugenführer muss daher für diesen Fall einen Mann besorgen, der die Zeugen im Worte vertritt, einen *avantparlier*, während der vom Richter gegebene Conseil sich auf die privatim zu erteilende Rechtsbelehrung beschränkt[2].

Hat die Partei einen Vorsprecher, so stellt sich die Sache so, dass dieser sich mit ihr und ihren Konsulenten berät. Der Coutumier de Bourgogne legt dem Vorsprecher ans Herz, dies zu thun, weil er dann für seine Rede durch die im voraus erteilte Zustimmung des Conseils moralisch gedeckt sei[3]. Nach dem *Abrégé du Livre des Assises de la Cour des Bourgeois* bittet die klagende Witwe den Gerichtsherrn zuerst um einen Vorsprecher. Der Herr gibt ihr, den sie verlangte. Sodann bittet der Vorsprecher den Richter Namens der Witwe, er möge ihr zwei Geschworene zum Conseil geben. Diese lassen sich von ihr über die Streitsache informieren, *et sur ce il doivent conceillier au dit avanparlier*. Der Vorsprecher ergreift auf die Belehrung hin das Wort, während die zwei Konsulenten ihren Platz als Dingleute einnehmen[4].

Obgleich der aus den Urteilfindern gewählte Konsulent an der Findung des Urteils teilnehmen konnte, war dies demjenigen, der als Vorsprecher fungierte, nicht gestattet. Doch gab es einen Ausweg. Man stellte zum Schein einen andern als Vorsprecher auf, während faktisch der Urteilfinder als Konsulent dessen Rolle durchführte. Dieser dingt sich nicht selbst als *avantparlier* ein, sondern lässt den Strohmann die Eindingungsformel sprechen. Ist dies geschehen, so spricht der Konsulent *la force de la parole*, das
[753] heisst, er bringt das wesentliche der Streitsache vor. Nur darf er nicht selbst um das Urteil bitten, sondern es fügt seiner Rede derjenige, der sich formell als Vorsprecher eingedungen, die Formel der Urteilsbitte an, das *se poser sur court*, das *se metre sur l'esgart*.

[1] Phil. de Nav. ch. 9, Beugnot I 482.

[2] Jean d'Ib. ch. 77.

[3] So verstehe ich die etwas korrumpierte Stelle in Li Usage de Borgoigne (ed. Marnier) ch. 7: se on met I. dit d'une parole sor vns proudome ...

[4] Abrégé II, ch. 37. 40, Beugnot II 349. 351.

Da der Prozess sich von Urteil zu Urteil vorwärts bewegte, so musste diese Teilung der Rede zwischen nominellem und wirklichem Vorsprecher sich während der Verhandlung öfter wiederholen. Wer also vorgeht, ist dem Wesen nach Vorsprecher und kann an der Urteilfindung teilnehmen, ohne dass Gerichtsherr, Dingleute oder Gegenpartei es ihm wehren könnten. Denn formell erscheint seine Rede nur als Ergänzung der Rede des nominellen *avantparlier*. Er hat sich der Cour nicht als Vorsprecher präsentiert. Er hat der Form nach nicht um das Urteil gebeten, an dessen Findung er selber teilnehmen will. Und eben nur dies musste vermieden werden, wenn er sich nicht der Ablehnung als Urteilfinder aussetzen wollte [1].

Advokatenzwang hat im allgemeinen nicht bestanden. Es stand in der Regel im freien Willen der Partei, ob sie ihr Wort selbst sprechen oder einen Vorsprecher nehmen wollte. Eine Ausnahme bildete in dieser Beziehung das französische Recht des Orients, in welchem freilich wieder das Verfahren der Haute und Basse Cour sich zweiten. In der *Cour des Chevaliers* mussten zwar nicht die Parteien, aber die Zeugen (aus dem oben angeführten formellen Grunde) einen Vorsprecher haben [2]. Umgekehrt sprachen in der *Cour des Bourgeois* die Zeugen ihr Wort selbst [3], während für die Parteien die bevormundende Vorschrift bestand, *que nus hom n'i deit plaidier sans avantparlier* [4].

---

[1] Das scheinen mir die Momente zu sein, auf die es bei Erklärung dieser eigentümlichen Einrichtung ankommt, welcher Jean d'Ibelin das 28. Kapitel seines Werkes gewidmet hat. [Vgl. Somma de legibus Norm. ed. v. 1523, c. 123: in iudiciis iudiciariorum personae non valent sconari (reprobari), nisi negocium eorum tractatum fuerit vel parcium fuerint procuratores vel prolocutores.]

[2] Vorsprecher für Zeugen sind auch anderwärts bezeugt. Coust. anch. des wages von Amiens bei Du Cange II 68. Siehe oben S. 339. Privileg Philipp Aug. für Amiens von 1190, Art. 33: In omni causa et accusator et accusatus et testis per advocatum loquentur si voluerint. Thierry a. O. S. 106: dérogeant sans doute à l'ancienne coutume, eine Aeusserung, deren Stichhaltigkeit mir durchaus nicht ausser Zweifel zu stehen scheint.

[3] Clef 90: En la Haute Court dou royaume de Jerusalem et de Cipre dit l'avantparlier por les garens et en celle dou visconte dit chascun garent par soi sa garentie.

[4] Ass. de la Cour des Bourgeois ch. 133. Unter König Heinrich II. von Cypern (1285 bis 1324) wurde der Advokatenzwang für die Cour des Bourgeois aufgehoben. Vgl. Abrégé I, ch. 12, N. a. Ein solcher bestand,

[754] Der Vorsprecher ist Vormund der Partei in der Rede. Insofern unterscheidet er sich vom Vormund im Kampfe und — eine Unterscheidung, die wichtiger ist, weil sie oft übersehen wird — von dem Vertreter im Rechtsstreite. Dieser wird in den Quellen *procurator, procureur, avoué,* nach normannischer und anglonormannischer Rechtsterminologie *attornatus* genannt. Ein Vorsprecher ist sowohl in Civil- wie in Strafsachen gestattet, ein Procureur in letzteren unzulässig. Einen Vorsprecher kann sowohl der Kläger wie der Beklagte, Partei wie Zeuge haben. Wer dagegen als Kläger einen Procureur aufstellen wollte, der bedurfte eines königlichen Privilegs. Ohne solches konnten nur der König, Kirchen und Korporationen in der Rolle des Klägers sich vertreten lassen [1]. Der Vorsprecher erforderte die Gegenwart der Partei vor Gericht. Er konnte durchaus nicht etwa in Abwesenheit derselben ihre Sache führen. Der Procureur erscheint ohne die Partei, an deren Stelle, vor Gericht und kann seinerseits sich im Worte durch einen Vorsprecher vertreten lassen. Der Avantparlier beschränkt sich auf Führung des Wortes. Der Procureur ficht den Rechtsstreit selbständig durch, dessen Vertretung ihm durch einen Formalakt *(bailler l'avouerie)* übertragen wurde.

D. Das Amendement de la parole.

Die wesentlich juristische Bedeutung des Instituts der Vorsprecher liegt darin, dass die Konsequenzen des Grundsatzes der Unwandelbarkeit des eigenen Wortes, wenn nicht beseitigt, so doch erheblich abgeschwächt werden konnten. War die Partei auch an ihr eigenes Wort gebunden, so konnte sie doch, ohne jenes Prinzip zu verletzen, von der Rede des Vorsprechers abgehen. Hatte dieser

---

nebenbei bemerkt, während des vierzehnten Jahrhunderts in Flandern. Beschreibung der feierlichen Hegung eines Mannengerichts nach dem flandrischen Rechte des vierzehnten Jahrhunderts bei Warnkönig, Fl. RG. III, UB. S. 62 ff., nr. 168. Der Bailli spricht bei Hegung des Gerichts unter anderem folgendes: ende verbiede dat niemen . . . no spreke zonder raet ende taelman, was Raepsaet nicht ganz genau mit je défends . . de parler sans conseil et procureur wiedergibt, da doch der procureur etwas anderes ist als der Vorsprecher (Taelman).

[1] Loysel, Institutes coutumières (ed. Dupin et Laboulaye) I 367. Roth, Feudalität und Unterthanverband S. 315. [H. Brunner, Die Zulässigkeit der Anwaltschaft, Z. f. vergl. Rechtswissenschaft I 321 ff., unten S. 389 ff.]

missegesprochen, so gab es für den Mündel den Ausweg, die nach- [755]
teilige Erklärung zu widerrufen, eine bessere an deren Stelle zu setzen oder setzen zu lassen. Also vermittelte die Bestellung eines Vorsprechers das Recht des Amendements, oder, wie der entsprechende Ausdruck des deutschen Rechtes lautet, der Erholung und Wandelung.

Die Wandelbarkeit der Rede des Vorsprechers wird in unsern Quellen mit Vorliebe hervorgehoben, wo es sich handelt, das Erspriessliche der Bestellung von Vorsprechern zu demonstrieren. Ihre Aussprüche ähneln mitunter in überraschendem Masse den entsprechenden Aeusserungen der deutschen Rechtsdenkmäler.

Jean d'Ibelin ch. 11: Qui dit sa parole en court, se il i faut ou mesprent, il n'i peut amender. Et qui la fait dire à autre, et celui à qui il l'a fait dire mesprent ou il i faut, il et son conseil il poent amender.

Ass. de la Cour des Bourg. ch. 133: Se l'avantparlier dit parole qu'il ne doie dire por celuy cui il parole, celuy por qui il parle et son conceau y pueent bien amender.

De Font. XI, 8: Li mesparlers de l'emparlier, s'il parole par amendement, ne puet grever son seignor, s'il rapele son mal dit.

[Coutumier d'Artois ed. Ad. Tardif X, 5: et se li sires de le cause le fait (son claim), amender n'i puet, mais ce puet il par amparlier jusques au respons.]

Beaumanoir V, 9: quant il (die Partei) dit aucunne coze, qui li est contraire, il n'i pot metre amendement, lequel coze il pot bien fere de le bouce à son avocat quant il dit par amandement.

Bouteiller[1]: Et s'il advenoit, que l'avocat dist chose nuysable a son maistre, ce ne touche au maistre si il ne l'advoue.

Jean Desmares A. 412: il puet bien amender ou desadvoer la parole de son advocat.

Die Bestellung eines Vorsprechers an sich gab übrigens noch nicht das Recht des Amendements. War zwar die Klippe des *Ein Mann ein Wort* dadurch glücklich umgangen, so stellte sich auf der andern Seite das zwischen Partei und Vorsprecher bestehende

[1] Somme rurale, Ausgabe von 1587, f. 161, col. b.

Vertretungsverhältnis hindernd in den Weg. Letzterer spricht als Repräsentant der ersteren im Worte. Sein Wort gilt als ihr Wort. Sie spricht durch seinen Mund. Und ein Mann ein Wort, ein Wort ein Mann. Das altfranzösische Recht wahrte die volle Konsequenz
[756] juristischer Logik, fand aber dennoch einen Ausweg, um mittelst der Bestellung des Vorsprechers das Recht des Amendements zu gewinnen. Am deutlichsten tritt der massgebende Gesichtspunkt in den Quellen des normannischen Rechtes hervor, während die andern Rechtsbücher entweder nicht ausführlich genug sind oder den Grundgedanken bereits merklich abgeschwächt haben. Um vor allem einmal das juristische Prinzip des Amendements festzustellen, gebe ich daher, der folgenden Darstellung teilweise vorgreifend, vorerst eine kurze Erläuterung des betreffenden Kapitels der Somma de legibus, welche diese Materie mit musterhafter Klarheit und Präzision behandelt.

Vorsprecher ist nach § 1, Somma I, 66[1] derjenige, *quem quis pro se instituit ad loquendum.* Aus dem Wesen der Stellvertretung folge, dass dessen Worte als Worte des Mündels anzusehen sind. *Cuius verba idem pondus debent reportare ac si ex ore attornantis processissent.* Darum darf der Mündel vom Worte des Vorsprechers nicht abgehen, so lange das Vertretungsverhältnis dauert. Dagegen kann das Recht der Besserung durch eine Klausel bei Bestellung des Vorsprechers bedungen werden, indem man dabei folgendes erklärt: *Iste debet loqui pro me contra talem; ipsum audiatis et cum pro me proposuerit quod iniunxi, ipsum garantizabo.* Diese Vollmacht ist eine beschränkte. Der Vorsprecher soll nur sprechen, was die Partei ihm aufgetragen zu sprechen und nur soweit erklärt sie sich bereit, an sein Wort zu gehen, als Garant seiner Rede deren Folgen auf sich zu nehmen. Ist der Vorsprecher auf diese Weise gesetzt worden, so muss der Richter auf dessen Rede hin die Partei fragen: *utrum pro ipso protulerit?* Findet diese, dass sein Wort ihr nachteilig sei, so erklärt sie *quod aliqua protulerit, quae ei non iniunxit*, weshalb sie für diese Rede die Gewährschaft nicht übernehme. Das bringt ihr keinen Schaden. Allein der Vorsprecher zahlt eine Busse an das Gericht, weil seinem Worte die Gewährschaft desjenigen fehlt, auf dessen Auftrag sein Recht zu

[1] Ch. 64 des franz. Textes bei Bourdot de Richebourg, Cout. génér. IV 27.

sprechen allein zurückgeführt werden konnte [1]. Durch Verweigerung der Garantie stellte sich ja heraus, dass er, der seines Mündels [757] Wort sprechen sollte, nicht dessen, sondern sein eigenes Wort gesprochen hatte. *Ce qu'il a dit, il a dit comme privée personne et non mie pour la partie* [2]. Damit hatte er aber sein Recht zur Rede überschritten und unbefugterweise sich in fremder Angelegenheit eigenmächtig geäussert. Das zieht eine Busse nach sich, analog dem Falle, wenn jemand als Vorsprecher auftritt, ohne von der Partei dazu bestellt zu sein [3], oder überhaupt ohne das Recht zur Rede sich in fremder Sache das Wort angemasst hat [4]. Soweit dagegen die Rede des Vorsprechers durch die Partei vertreten wurde, dient sie als Grundlage des Urteils. *Et super garantizatis* [5] *a curia procedetur de his videlicet de quibus garantizaverit (attornans) prolocutorem. Qui autem*, so schliesst die Somma in würdiger Weise den erläuterten Abschnitt, *provide prolocutorem instituerit (sic), instituat in hac forma supradicta. Nullus enim providus debet in dicendis, sed in dictis, si expedierit, statuere se garantum.*

[1] Vgl. Richtsteig, Lehnrecht X, 8: Wenn der Mann nicht an des Vorsprechers Wort geht, so vrage de here, wat de vorsprake de sin man is vorboret hebbe, dat he ander ordel jegen sinen heren vraget heft, wan eme bevolen was. So vindme sin gewedde. Siegel, Erholung S. 20 unterscheidet für das deutsche Recht einen Grund der Bussfälligkeit nach Lehnrecht, einen andern nach Landrecht. Mir scheint, dass auch im deutschen Prozess, und zwar durchgängig, die Ueberschreitung des Rechts zur Rede sich als letzter und eigentlicher Grund der Bussfälligkeit ansehen lasse.

[2] So nimmt nach Le Livre des Droiz et des Comm. § 533 der Advokat das verfehlte Wort zurück, dem die Partei noch nicht zugestimmt hat. Cf. § 666.

[3] Bouteiller, Somme rurale, f. 161, col. 4: De advocat plaidoyer pour ung autre sans en estre requis. Item si advocat se fait en jugement avantparlier sans estre requis ne retenu de celluy pour qui il parle, sachez quil doit estre condemne en dix solz d'amende au seigneur. Hiermit vergleiche f. 210, col. 3, wonach der Vorsprecher, dem Bruch am Worte wird, gleichfalls 10 s. zahlt.

[4] Nach dem 258. der Articles . . de Saint Dizier zahlt jedermann, der ohne Erlaubnis des Bailli das Wort ergreift, 3 Sous. Ebensoviel büsst der Vorsprecher, der ohne besondere Erlaubnis des Bailli zu sprechen beginnt. Art. 255. Und ebensoviel endlich der Vorsprecher, dessen Rede durch den Mündel gebessert wird. Art. 256.

[5] [So der lateinische Text der Ausgabe von 1523. Sinnlos ist der Text bei Ludewig.] Der franz. Text bei Bourdot de Richebourg sagt: et la court jugera des choses qui sont garanties.

Die Möglichkeit, den Vorsprecher mit dem Vorbehalte *cum proposuerit quod iniunxi etc.* zu bestellen, sicherte der Partei faktisch das Recht beliebiger Wandelung. Hier wie in der Wandelungsformel „*protulit quae non iniunxi*“ hatte die Berufung auf den erteilten Auftrag wohl meist nur eine formelle Bedeutung. War die Rede
[758] des Vorsprechers gut, so hatte die Partei natürlich kein Interesse zu erklären, dass sie ihm etwas nicht aufgetragen habe. Nur wenn er Nachteiliges sprach und desavouiert wurde, konnte es in Frage kommen, ob er dazu bevollmächtigt war. Nach der den Prozess beherrschenden Verhandlungsmaxime war aber das Gericht nicht befugt, von Amts wegen zu untersuchen, ob und in welcher Weise für Inhalt und Form der einzelnen Prozessrede ein Auftrag erteilt worden sei. Und dafür, dass der Vorsprecher sich nicht zur Unzeit auf ein Mandat der Partei berief, vermochte diese zu sorgen, indem sie ihn für die verwirkten Bussen schadlos hielt[1]. In der Regel dürfte sich daher die Sache so gestellt haben, dass nominell der Vorsprecher in die Busse verurteilt wurde, wenn die Partei nicht an sein Wort ging, faktisch aber diese den Betrag bezahlte. Dafür sicherte ihr das Amendement den günstigen Verlauf des Prozesses, in welchem der Vorsprecher gewissermassen den Blitzableiter abgab für die Gefahren, die der Formalismus der Verhandlung nach sich zog.

Dies ist der Standpunkt des normannischen Rechtes, dessen konservativer Geist die bei Entwickelung des Amendements triebkräftigen Rechtsgedanken am reinsten und treuesten bewahrt hat. Minder durchsichtig tritt uns das Verhältnis in der Mehrzahl der übrigen altfranzösischen Rechtsquellen entgegen. Sie bieten uns, soweit ein genauer Einblick möglich ist, der Regel nach Gestaltungen, welche in der Mitte liegen zwischen der formalen Strenge des normannischen Rechtes und der völligen Abschleifung der ursprünglichen Grundsätze. Wo man auch an den wesentlichen Vorbedingungen des Amendements festhielt, wurde doch meistens, wie es scheint, die alte Form insofern abgestreift, als man die ausdrückliche Berufung auf eine Vollmachtsüberschreitung des Vertreters

---

[1] Für das deutsche Recht vgl. Siegel, Erholung S. 21: Da die Busse von seiten des Vorsprechers im Dienste des Sachwalters verwirkt wurde, so war es . . . billig, dass letzterer dem ersteren Ersatz leistete. Nicht leicht hätten sich sonst Vorsprecher überhaupt gefunden.

nicht mehr zur ausschliesslichen Voraussetzung der Erholung machte. Die letzte Entwickelungsstufe, durch die unser Rechtsinstitut seiner vollständigen Aufhebung entgegeneilt, ist die Einrichtung, dass man der Partei selbst unter bestimmten Beschränkungen die Besserung des eigenen Wortes gestattet. Damit ist im allgemeinen der Rah- [759] men gegeben, unter welchem sich die verschiedenen Coutumes des dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderts bezüglich des Amendements gruppieren lassen. Zur näheren Charakterisierung bieten sich als passendster Ausgangspunkt die Formeln dar, welche in den Quellen für den Vorbehalt der Erholung vorgeschrieben werden.

a) Retenail d'amendement.

Dem normannischen Rechte, welches uns als Operationsbasis zur Untersuchung der übrigen Coutumes dienen soll, steht in formeller und sachlicher Behandlung des Amendements am nächsten das Recht der Stadt Lille[1]. Hat die Partei sich vom Gerichte einen Vorsprecher geben lassen und mit ihm die Streitsache privatim besprochen, so stellt dieser mit lauter Stimme an sie die formelle Frage: *Voles que jou diche pour vous?* oder wenn er für eine Frauensperson sprechen soll: *Dame ou vous demisielle voles que jou die pour vous et que jou soie vos advoes?* Der Mündel antwortet: *Ouie, dites chou que jou vos ai kierkiet*[2]. Ja, sagt, was ich euch auftrug. Der Vorsprecher beginnt dementsprechend seine Rede mit der Formel: *dont me fait chis hom* (resp. *cheste femme*) *à entendre que* . . . Aus diesem Wortlaut der Bestellung des Vorsprechers ergibt sich, dass hier ebenso wie in der Normandie die Besserung seiner Rede durch Vollmachtsüberschreitung begründet wurde.

In anderer Form wurde das Amendement nach den Assises von Jerusalem vorbehalten. Bei Jean d'Ibelin ch. 28 dingt sich der Konsulent in folgender Weise als Vorsprecher ein:

Sire, faites entendre à la parole de tel — et le nome (den Mündel — *je la dirai par amendement de lui et de son conseill, que se je i mesprenoie, que lui et son conseill amender i peussent.*

Aehnlich nach dem Abrégé der Cour des Bourgeois p. II. ch. 37: *Sire, ce que je dirai por la teil feme ou dame, je le dirai*

---

[1] Roisin S. 22, nr. 3; S. 23, nr. 6.
[2] chargé.

por amendement d'elle et de son conceill et, se de riens me mespreignés, que elle et son conceill amender me peussent[1].

[760] Hier ist es der Vorsprecher selbst, welcher den Vorbehalt des Amendements macht, der nach dem Rechte Lilles und der Normandie in der Vollmachtsklausel des Mündels zum Ausdruck kommt. Uebrigens ist eine ähnliche Form den Assises nicht fremd. Es wurde schon erwähnt, dass in der Haute Cour die Zeugen ihre Aussage durch den Mund eines *avantparlier* ablegen mussten. Auch dessen Rede konnte durch das *retenail d'amendement* geschützt werden für den Fall, dass er im Worte fehlen sollte. Hat die Partei ihre Zeugen vorzuführen, so wendet sich der Vorsprecher des Zeugenführers an den Richter:

Sire, veeis ci les garens dou tel; et il vous requierent conseill tel qui sache mostrer leur parole et leur garentie, si com il enchergent; et s'il de ce obliast rien, que les garens peussent crestre et oster, se mestier fust, pour loyaument guarentir la pure verité[2]. Hat der Herr diese Bitte erfüllt, so müssen die Zeugen *enchargier à leur avantparlier que il die por eaus.*

Der Vorsprecher der Partei bittet im Namen der Zeugen um einen Vorsprecher für sie, damit dieser sage, was sie ihm auftragen. Für den Fall einer mangelhaften Ausführung ihres Auftrages wird ihnen das Recht der Besserung vorbehalten. Diese Beziehung auf die zu erteilende Vollmacht, welche in der Eindingungsformel des Vorsprechers der Partei fehlt, liegt in der Natur der Zeugenaussage begründet, die nicht, wie die Parteirede, Gegenstand der Plaidierkunst ist. Die Vollmachtsklausel, die das juristische Prinzip des Amendements in sich schliesst, musste sich gerade hier erhalten, weil sie durch den Zweck der Zeugenaussage geboten war.

Bei De Fontaines wird uns eine Formel des Retenails nicht überliefert. Dass aber dieses nach dem Rechte von Vermandois unumgängliche Voraussetzung des Amendements war, wird an mehreren Stellen in unzweideutiger Weise betont[3]. XI, 9 bringt folgenden Rechtsfall: Philipp war wegen Entwerung belangt worden

[1] Fast wörtlich gleichlautend Abrégé p. II, ch. 40.

[2] Phil. de Nav. ch. 9. Aehnlich Jean d'Ibelin ch. 77: Veez ci les garens de tel . . . Donés leur conseill por leur parole dire de la garentie porter, ensi come il la li enchargeront.

[3] XI, 8; XII, 8.

und hatte seinem Vorsprecher in dem Gespräche, das er mit ihm hatte, aufgetragen, *jour de vue* zu begehren. Dieser liess sich da- [761] gegen auf die Beantwortung der Klage ein, indem er ohne weiteres die Thatsache der Entwerung in Abrede stellte. Da er *par amendement* sprach, wurde seine Erklärung von Philipp sofort widerrufen[1]. Und das mit Fug, *car li emparliers n'a mie plenière poesté de dire en la querele que que (tout ce que) il voudra, puisque li sires retient l'amendement de lui et de son conseill.* Diese Begründung des Erholungsrechtes spricht deutlich genug. Der Vorsprecher darf nicht sagen, was ihm beliebt, wenn die Erholung vorbehalten wurde. Daraus folgt, dass nach dem Rechte von Vermandois zu De Fontaines' Zeit die Partei ohne diesen Vorbehalt an das Wort des Vorsprechers gebunden war. An einer andern Stelle hebt es De Fontaines[2] im Gegensatz zu dem Usus der geistlichen Gerichte als eine Besonderheit seiner Coutume hervor, dass *à nostre usage ne retienent mie li seigneur amendement, quant il meismes dient lor parole,* was so viel sagen will, als dass ein Vorbehalt der Besserung des eigenen Wortes unzulässig ist.

Als Vorbedingung des Amendements erscheint das Retenail auch Bouteiller[3]. Nach diesem schadet das Missesprechen des Advokaten nicht der Partei, falls sie nicht an sein Wort geht. *Et pour ce ne doit laisser l'advocat qu'il ne die: c'est pour mon maistre sauve la retenue en tout.*

Bereits abgeschwächt ist die rechtliche Bedeutung des Vorbehaltes in Beaumanoir's Coutumes du Beauvoisis. Zwar wird dem Vorsprecher geraten, dass er seine Rede beginne mit den Worten: *Sire, je dirai pour Pierre per amendement de li et de son conseil*[4]. Allein sein Wort ist nicht unwiderruflich, wenn der Vorbehalt des Amendements unterblieb. Ganz ohne Wirkung ist dieser aber darum doch nicht. Beaumanoir unterscheidet, was das Ver-

[1] Bien puet Phelipes rapeler le maldit de son emparlier, qui con en meist sus à Phelipe de seisine (offenbar ist den Handschriften A, H, M, P gemäss dessaisine zu lesen) Phelippes comenda à conseil à son enparlier, qu'il demandast jor de veue et il mist en ni la desseisine.

[2] De Font. XII, 8. Auch die Glosse zu Ssp. III, 14, § 1 konstatiert in dieser Materie, dass das geistliche Recht sich mit dem Sachsenrechte zweit. Vgl. Homeyer, Richtsteig, S. 421, Anm. *.

[3] fol. 161, col. b.

[4] B. V, 7.

[762] halten des Mündels zum gesprochenen Worte des Vorsprechers betrifft, ein Dreifaches, nämlich ein *avouer*, dessen Gegenteil, und zwischen beiden in der Mitte liegend ein *avouer par amendement*[1]. Nur der Widerruf schlechtweg, Desaveu, macht bussfällig. Denn dieser stützt sich darauf, dass der Vorsprecher wider Willen und Auftrag des Mündels gehandelt hat. Ist an der Rede nichts, gar nichts auszusetzen, so wird sie ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt. Hat der Mündel daran etwas abzuändern, so kommt das *avouer par amendement* zur Anwendung. Er mag die Rede ergänzen, wenn der Vorsprecher zu wenig, er mag sie einschränken, wenn er zu viel gesagt hat. Das gilt nicht als Desaveu, und der Vorsprecher bleibt busslos. Allein dieses *avouer par amendement* ist nur dann statthaft, wenn die Besserung der Rede vorbehalten wurde. Hatte der Advokat sich ohne Retenail eingedungen, so konnte die Partei, und wenn es sich um die geringfügigste Aenderung handelte, auf die Frage, ob sie seiner Erklärung beitrete, nur mit vollem Ja oder Nein antworten. Geschieht das letztere, so fällt der Vorsprecher in eine Busse. Die ursprünglichen Grundsätze sind demnach bei Beaumanoir schon merklich verschoben. Früher gab es ohne Retenail kein Desaveu und kein Amendement ohne Desaveu und ohne damit verbundene Bussfälligkeit des Vorsprechers. Hier wird ein Desaveu auch ohne Retenail und auf Grund des Retenails ein Amendement ohne Desaveu und daher ohne Bussfälligkeit des Vorsprechers zugelassen.

---

[1] B. V, 7: S'il ne (r)etient l'amendement et il n'est avoués de Pierre por qui il plede, il quiet en le simple amende du segneur. Man könnte sich versucht fühlen, ex argumento a contrario zu folgern, dass bei Vorbehalt des Amendements ein Desaveu keine Busse nach sich zog, ein Schluss, der m. E. irrig wäre. In B. V, 14 wird ganz allgemein jeder desavouierte Vorsprecher für bussfällig erklärt. Und wozu der Begriff des avouer par amendement, wenn das Desaveu nicht trotz Retenails bussfällig machte? Die citierte Stelle B. V, 7 fährt fort: Et s'il retient l'amendement, il est en le volonté de Pierre pour qui il plaide d'oster ce qu'il a trop dit ou de fere plus dire, s'il a trop poi dit. Wie der Zusammenhang ergibt, unterscheidet sich dieser Fall von den früheren dadurch, dass der Vorsprecher ohne Desaveu und demnach busslos gebessert werden kann. Mais que ce soit avant qu'il ait avoué se parole; car puis qu'il a avoué ce qu'il dit por li, s'il ne *l'avoue par amendement*, il n'i pot puis ne metre ne oster; mais s'il l'avoua par amendement, il doit dire tantost ce qu'il y veut amender. Vgl. Desmares, Décisions (bei Brodeau, Coutume de Paris) A. 412: amender *ou* desadvouer oben S. 363.

Nur mehr ein schwacher Nachklang an die Unwiderruflichkeit des vor Gericht gesprochenen Wortes hat sich in jenen Coutumes erhalten, welche der Partei die Besserung des eigenen Wortes [763] gestatten, dieses Recht aber an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. Obwohl man hiermit das Prinzip: ein Mann ein Wort, verliess, hat man doch auf die Wandelung des eigenen Wortes die Bedingungen und Formalitäten übertragen, die für das Amendement der fremden Rede galten, solange jener Grundsatz noch in Kraft stand. Eine derartige Auflockerung ist unverhältnismässig früh in der Bourgogne eingetreten. *Li Usage de Borgoigne,* eine Rechtsquelle, deren Entstehung, nach der häufigen Anwendung der Gottesurteile zu schliessen, jedenfalls noch in die erste Hälfte des 13. Jahrhunderts zu setzen ist, beginnen ihr erstes Kapitel mit der Formel, durch welche man sich das Amendement vorbehält. *Quant on comence a plaidoiez on doit dire ensi*: *„Je retieng mon mes-dit*[1] *jusqu' au jugement". Por ce que se aucuns te prendroit à point qui deist: tu has ce dit; tu deveroie dire: „Je retient mon mes-dit, si amenderai adès ma paroles jusque à jugement".* Die Partei selbst behält sich die Wandelung ihres Wortes vor. Will der Gegner sie beim Worte nehmen, so beruft sie sich auf diesen Vorbehalt der Besserung, welcher hiernach als wesentliche Voraussetzung des Amendements erscheint. Unbegründet wäre der naheliegende Gedanke, diese Formel nicht auf den Sachwalter, sondern auf den sich eindingenden Vorsprecher zu beziehen, was schon darum nicht angeht, weil diesem gegenüber jenes *„prendre à point"* nicht denkbar wäre.

Unsere Coutume gestattet die Besserung des eigenen Wortes nicht bloss den Parteien, sondern auch den Zeugen. Naehdem sie (ch. 2) von der Wirkung eines Zeugnisangebots gesprochen, werden Vorsichtsmassregeln für die Produktion der Zeugen angegeben. Der Sachwalter soll seine Zeugen mit folgendem Vorbehalt produzieren:

> *„Je trait ci mes tesmoins. Et se aucuns de lour defailloit, ie vodroie havoir loisir d'avoir autre ou ciz ou au iour. Et si retie(n)g lor mesdit iusqu'au seirement. Ce est à dire que se aucuns déffailloit de sa paroles, ie vodroie havoir loisir de l'amendez iusque à effaitement."*

---

[1] So lese ich ohne Bedenken statt mesoit bei Marnier, Anc. Cout. de Bourg. S. 3. [Zustimmend A. Tardif, Procédure S. 68.]

Die Zeugen sprechen ihr Wort selbst. Wenn einer von ihnen missespricht, so bessert der Zeugenführer ihre Aussage. Er darf [764] dies aber nur bis zu dem Versuche des Ausgleichs der Streitteile, welcher nach der Coutume von Bourgogne der Abschwörung des Zeugeneides, sowie der Anwendung der übrigen Beweismittel vorauszugehen pflegte. Da der Zeugenführer die Funktion der Zeugen nicht förmlich übernehmen kann, so ergibt sich von selbst, dass mit seinem *amendement* der Fehler der Zeugenaussage noch nicht saniert war. Entsprechend der Natur des Zeugnisses musste der missesprechende Zeuge das bessernde Wort des Zeugenführers als sein eigenes Zeugnis anerkennen. Das konnte er bis zum Eidschwur. Ja es genügte, wenn er den beim Zeugnisangebot gemachten Fehler durch eine dem Amendement des Zeugenführers entsprechende Formulierung des Zeugeneides verbesserte. *Et au faire le seirment amenderoit sa paroles.* Indem der Zeuge das Amendement seines Produzenten in den Tenor seines Eides aufnahm, amendierte er sein eigenes Wort. Damit ist aber der Grundsatz der Unwiderruflichkeit des eigenen Wortes durchbrochen.

Der Ausspruch Pierres de Fontaines, dass der Sachwalter selbst die Besserung seiner Rede sich nicht vorbehalten dürfe, scheint auch in den sogenannten Anciennes Constitutions du Châtelet keine Geltung mehr zu haben. Das Retenail wird angeraten in Art. 40 [42]: *à l'entamer de ton plait pren te bien garde et en sois bien souvenans que tu faces protestacion ou bone retenue par l'amendement de ton conseil et ensi te porras garder et sauver,* in Art. 15 [16]: *fai toujours protestacion et bone retenue par l'amendement de ton conseil* und in Art. 67 [69]: *faites tout jors protestacion et bone retenuë d'aler avant par maniere d'action par l'amendement de vostre conseil,* Stellen, die nicht auf den Vorsprecher, sondern auf die Partei selbst zu beziehen sind, weil nur diese, nicht jener ein Conseil hat[1].

Der Stilus Curiae Parlamenti enthält in I, cap. 16, *De duello* eine eigentümliche Formel, durch welche bei Duellklagen

---

[1] Vgl. noch Art. 61 [éd. Mortet 63]. Art. 35 [37] gibt keinen Ausschlag, weil der Text an entscheidender Stelle offenbar verderbt ist. Et se le desfendeur (?) dist chose en travers qui li soit contraire, faites tantost avoer; et aussi bien pour li demandeur que pour li desfendeur, zusammengehalten mit dem Vorausgehenden. [Mortet setzt statt desfendeur demandeur in den Text.]

der Vorsprecher des Klägers sich eindingt[1]. Er bittet das Gericht um die Erlaubnis, die Klage vorbringen zu dürfen, und erklärt [765] dabei unter andrem:

> *Ce que i'entens dire et proposer contre luy, ie le diray comme advocat de ceans et pourtant que ma partie le me faict entendant et veut que ie le dise et propose et m'en advouëra, s'il luy plaist, et promis le m'a en présance de vous et le m'a baillé par escrit en substance et le tiens en ma main.*

Das Gericht fordert ihn sodann auf, die Klage anzubringen, indem es ihm verbietet, darin irgend eine *villainie* zu sagen. Der Vorsprecher beginnt daraufhin:

> *Messeigneurs, ie ne diray chose de quoy ie ne soye bien advoué .. et se Dieu plaist, ie me garderay à mesprendre.*

Et ce fait il doibt proposer son faict au mieux qu'il pourra au proffit de sa querelle par les plus belles paroles. Ein direkter Vorbehalt der Erholung findet sich in dieser Formel nicht. Doch folgt das Recht des Amendements mittelbar aus der Berufung auf das *avouer* von seiten der Partei. Der Vorsprecher selbst macht indirekt den Vorbehalt, dass diese an sein Wort gehen werde, soweit es ihrem Auftrage entspricht, und gelobt nur zu sagen, was ihm befohlen worden ist, sowie auch sonst sich vor Missesprechen zu hüten. Im übrigen erklärt die Formel sich zum Teil selbst, zum Teil wird ihr Inhalt durch das folgende beleuchtet werden.

Auch das anglonormannische Verfahren kennt das *retenàil d'amendement.* In den sogenannten *Leges Henrici I.* 46, § 3[2] wird es als Vorbedingung für die Wandelbarkeit des vom Advokaten gesprochenen Wortes hingestellt.

> *Bonum autem est, ut cum alicuius consilium in placito redditur, cum emendatione dicendum praedicatur, ut si forte perorator vel superadiecerit aliquid vel omiserit, emendare liceat ei. Saepe enim fit, ut in sua causa quis minus videat, quam in alterius et in ore alterius plerumque poterit emendari, quod in suo non liceret.*

---

[1] Molinaeus, Opp. III 1677. Sie findet sich auch im Style de Normandie ch. 72, Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie, 2. Serie, 8. Bd.

[2] Schmid, Gesetze der Angelsachsen S. 455.

So sehr die schwerfällige Stilisierung des wegen seiner Dunkelheit berüchtigten Rechtsbuches sich auch bei dieser Stelle fühlbar
[766] macht, so geht daraus doch für unsren Zweck folgendes mit Evidenz hervor. Die Besserung des eigenen Wortes ist unzulässig. Darum und weil man in eigener Sache minder scharf sieht als in fremder, ist es geraten, einen Vorsprecher zu nehmen. Wenn dies geschieht, soll aber zugleich auch der Vorbehalt gemacht werden, dass seine Rede gebessert werden dürfe, dass er *cum emendatione* sprechen solle. Unter dieser Voraussetzung können die Fehler des Vorsprechers gebessert werden.

b) Die Geltendmachung des Amendements.

Nun wir die Vorbedingung des Erholungsrechtes, das *retenail d'amendement*, behandelt und zugleich den Standpunkt einzelner Coutumes in dieser Lehre charakterisiert haben, treten die Normen an uns heran, nach welchen das vorbehaltene Recht ausgeübt werden musste. Die Grundsätze, die für die Durchführung des Amendements galten, haben sich zum Teil auch in jenen Rechten erhalten, welche die Besserung des eigenen Wortes gestatten.

Das Amendement zerfällt seinem Begriffe nach in eine negative und in eine positive Aeusserung. Die Erklärung, die gebessert werden soll, muss negiert, an ihre Stelle muss eine andre, bessere gesetzt werden. Beide Momente sind häufig auch formell geschieden. Die Partei muss Widerspruch erheben gegen das Wort des Vorsprechers, ehe sie die bessernde Erklärung vorbringt. Eine Ausnahme von der Regel, dass die Besserung die Negation der besserungsbedürftigen Erklärung voraussetzt, macht das Recht von Beauvoisis, welches, wie erwähnt worden, ein *avouer par amendement* kennt. Während sonst die Rede des Vorsprechers unbedingt anerkannt oder widersprochen werden musste, lässt Beaumanoir ein bedingtes Anerkennen zu[1].

---

[1] Die Einrichtung, dass man eine Erklärung vor Gericht teilweise gutheissen könne, war dem alten Rechte fremd. Es konnte z. B. ein Urteil nur in allen seinen Teilen gescholten werden, wogegen eine beschränkte Anerkennung ausgeschlossen war. So noch Les Coustumes de la Ville et Septène de Bourges ch. 65, comment l'en ne peut pas approuver ung jugement en une partie et repprouver en l'autre. Richebourg, Cout. génér. III 882.

α) Der Widerspruch.

Die Erklärung der im Worte vertretenen Partei, dass sie die Rede des Vorsprechers nicht als die ihrige betrachte, ist entweder ihre spontane Aeusserung oder wird durch die an sie gerichtete [767] Frage hervorgerufen, ob sie dem Worte des Vorsprechers beitrete oder widerspreche (*avouer*, *octroyer*, *garantir*, lat. *advocare*, *garantizare*, — *desdire*, *néer*, *contredire*, *rappeler*, *desavouer*).

Nach normannischem Rechte ist es Sache des Richters, nach jeder Erklärung des Vorsprechers die Partei zu fragen, ob sie zustimme oder nicht. *Au juge est, de faire advouer les advocas, quant ilz ont plaidié*[1]. Die Urteilfällung darf ja nur auf jene Worte des Vorsprechers Rücksicht nehmen, welche die Partei ausdrücklich garantiert hat. Jede andre, auch die nicht ausdrücklich widersprochene Erklärung müsste ignoriert werden, entsprechend dem Vorbehalte des Mündels bei Bestellung des Vorsprechers: *cum pro me proposuerit quod iniunxi, ipsum garantizabo.* So hielt es auch das Recht von Lille. Daselbst stellte der Richter an die im Worte vertretene Partei nach jeder Rede des Vorsprechers die stets wiederkehrende Frage: *En ne dites vous chou?* Nur auf ihr *oil* hin war die Partei an dessen Wort gebunden. Im entgegengesetzten Falle berief sie sich darauf, dass sie dem Vorsprecher, als sie ihn bestellte, sagte: *Dites chou que jou vos ai kierkiet*[2].

Anderwärts wird umgekehrt jede Erklärung des Vorsprechers als Wort des Mündels betrachtet, welche nicht ausdrücklich widerrufen wurde. Soweit dies nicht geschieht, wird ein stillschweigendes *Octroi* fingiert. Glaubt daher die Partei, dass ihr Vorsprecher eine nachteilige Aeusserung gethan, so liegt es an ihr, den Widerspruch zu erheben und die Besserung anzubringen oder anbringen zu lassen. Aufmerksamkeit in dieser Richtung wird in den Quellen namentlich dem Konsulenten des Sachwalters zur Pflicht gemacht. Scheint ihm ein Amendement notwendig, so soll er es nach Jean d'Ibelin entweder sofort selbst zur Durchführung bringen oder insgeheim die Partei und ihren Vorsprecher verständigen, bevor der Fehler in der Sache nachteilige Folgen nach sich zieht[3].

---

[1] Cout. Style et Usage de Normandie (saec. XIV?) ch. 14, Mémoires II, l. 8.

[2] Roisin, Franchises de Lille S. 22 ff., nr. 2. 6; cf. S. 78.

[3] se autre la (parole) dit et il li semble que il i puisse amender, il le doit faire ou dire le priveement à celui, à qui conseill il est, et à celui qui

[768] Uebrigens kann auch nach jener Gruppe von Rechten, wo die Zustimmung subsidiär fingiert wird, der Mündel genötigt werden, sich über seine Stellung zum Worte des Vorsprechers zu äussern. Der Gegner ist nämlich berechtigt, die Frage zu stellen, zu welcher nach normannischem Recht der Richter verpflichtet ist. Er hat ein Interesse dies zu thun, denn das Octroi des Mündels macht es ihm möglich, diesen auf eine nachteilige Erklärung des Vorsprechers hin sofort beim Worte zu nehmen, *prendre à point, à la parole.* Noch ein Rechtsbuch des 14. Jahrhunderts für Poitou, Le Livre des Droiz et des Commandemens, sagt: *Quant aucun advocat a dit pour aucune partie, l'autre partie le doit faire advouer*[1]. Eine hervorragende Rolle spielt das *octroi demander* in den Assisen der Haute Cour. *Qui plaidoie en la Haute Court dou royaume de Jerusalem et de Chypre, se doit travaillier de faire demander otroy à son aversaire pour prendre le point à point*[2]. Arglist und heimtückische Verstellung finden hier ihr fruchtbarstes Feld. Wer den Gegner mit Erfolg beim Worte fassen will, muss vor allem verhüten, dass sein Auftreten diesen auf den begangenen Fehler des Vorsprechers aufmerksam mache. Es gilt, ihn arglos zu erhalten, die Absicht des *prendre à point* so wenig als möglich merken zu lassen. Daher soll man es nach Jean d'Ibelin ch. 26 vermeiden, um das Octroi zu fragen, wenn man auf andre Weise seinen Zweck erreichen kann. Denn die Frage: *Otreiez vous celà?* würde den Widerpart vielleicht stutzen machen, er könnte die Absicht merken und durch Besserung der nachteiligen Erklärung den zugedachten Streich parieren. Hat man kein andres Mittel, den Gegner beim Worte zu fangen, so frage man um das Octroi so unverfänglich als möglich. *Et le face à meins de contenance que il pora de voleir le prendre à point por ce que de celle faute ne s'en gardent et l'amendent maintenant.* Ist der Mündel in die Falle gegangen, so ist es

---

a dite la parole et avant que sele faute de quey celui, qui aura dite la parole, aura failli, grege ou puisse gregier à celui à qui conceill il est, si qu'il le puisse amender à hore et à tens sanz son damage. Jean d'Ib. ch. 10. Vgl. Très anc. Cout. de Bret. ch. 263: Et si ung des conseils des parties cognoissoit aucune chose qui fust nuisible à son client . . , le client ou ung des autres Conseillers le pourroient corriger avant jugement fait.

[1] Art. 533, herausgegeben von Beautemps-Beaupré. Vgl. Const. du Chât. A. 35 [37].

[2] Clef 11.

Aufgabe des *bon plaideor,* den Fehler der octroierten Rede und dessen Konsequenzen den Dingleuten so deutlich als möglich zum Bewusstsein zu bringen. — Das *demander octroi* dient nicht nur dazu, dem Gegner den Weg zur Besserung einer fehlerhaften Erklärung abzuschneiden. Man benutzt es auch, um eine solche erst [769]
hervorzurufen. Sieht man, dass die Sache des Gegners klug und scharfsinnig verfochten wird, so versuche man es, ihn von dem rechten Wege ab in ein falsches Geleise zu locken. Man frage ihn um das Octroi bezüglich der gelungenen Erklärung des Vorsprechers, indem man sich den Anschein gibt, als wolle man ihn beim Worte nehmen. Lässt er sich verwirren, so geht er zu seinem Schaden vom Worte des Vorsprechers ab.

Der Mündel braucht auf die Frage nicht sofort zu antworten. Er hat das Recht, um ein Gespräche zu bitten. Dieses muss ihm gestattet werden. Hat er sich mit seinen Helfern beraten, so gibt er die verlangte Erklärung ab. Wer vorsichtig vorgehen will, mache von diesem Rechte Gebrauch, *n'otreie chose de quoi son aversaire li demande otrei, s'il ne le fait par le conseill de son conseill* [1].

β) Versäumnis der Erholung.

Das Recht der Erholung ist in den verschiedenen Coutumes entweder nach einer oder nach zwei Seiten hin befristet. Gemeinsam ist ihnen der Grundsatz, dass die Partei nur so lange wandeln kann, als sie nicht der Erklärung des Vorsprechers zugestimmt hat. Das Octroi vernichtet allenthalben das Recht der Erholung, denn das Wort des Vorsprechers, das der Mündel anerkannte, gilt soviel, als hätte er es selbst gesagt. Die Quellen lieben es, beide Fälle in ihren Wirkungen neben einander zu stellen, daher in den anzuführenden Belegen eine teilweise Wiederholung bereits angebrachter Citate nicht zu vermeiden ist.

Jean d'Ibelin ch. 27: *Qui dit parole por sei en court ou que il otreie ce que son conseill a dit, il ne le peut puis desdire ne neer.* Gleichlautend bis auf Umstellung der Worte Clef 13.

---

[1] Jean d'Ib. ch. 22. — In Deutschland fragt nach sächsischem Rechte der Richter um die Zustimmung; ausserhalb Sachsens war dies nicht der Brauch. Siegel, Erholung S. 16.

§ 4, Somma I, 66: *Si autem garantizet, verbis prolocutoris iam prolatis non potest contraire.*

Beaumanoir V, 7: *puis qu'il a avoué ce qu'il dit por li . . ., il n'i pot puis ne metre ne oster.*

Const. du Chât. Art. 35: *Et quand il sera avoé, d'illuec en avant ne l'un ne l'autre ne puet rien adjouster n'en deffendant n'en demandant.*

[770] Fleta VI, 16: *Si autem aliquis praedictorum articulorum in narratione proposita omittatur narratioque a petente advocetur, ita quod error non possit revocari . . . .*

Wo der Richter verpflichtet war, den Mündel nach jeder Rede des Vorsprechers um die Zustimmung zu fragen, da lag kein Bedürfnis vor, der Erholung eine andre Grenze zu ziehen als das Octroi. Anders dort, wo die Frage nach dem Octroi im Belieben des Gegners stand. Da musste für den Fall, dass die Zustimmungsfrage unterblieb, irgend ein Stadium des Prozesses bestimmt werden, welches der Mündel nicht an sich herankommen lassen durfte, ohne sich an seinem Rechte des Amendements zu verschweigen. Als solcher Präklusivtermin wird die Urteilfällung nirgends überschritten.

Jean d'Ib. ch. 11: *il et son conseil i poent amender ainz jugement, se il n'otroie ce que celui qui est à son conseill a dit por lui.*

Basse Court ch. 133: *celuy por qui il parle et son conceau y pueent bien amender, ains que le jugement soit dit.*

Nach der Coutume der Bourgogne dingt man sich das Recht des Amendements *jusque à jugement* aus, und auch in Deutschland ist nach aussersächsischen Rechten die Erholung nur bis zur Urteilfällung zulässig, während dem gemeinen sächsischen Rechte, nach welchem, wie in der Normandie, der Richter die Zustimmungsfrage stellt, diese Befristung unbekannt ist.

Eine Gruppe von Coutumes zieht die Grenzlinie noch enger, indem sie selbe durch ein prozessuales Moment fixierte, welches der Urteilfällung vorausgeht. Oben wurde bereits erwähnt, dass nach der Praxis des Pariser Parlaments, dem sich hierin eine Anzahl von Coutumes anschliesst, das Gericht die Parteien vor der Urteilfällung ausdrücklich befragt, ob sie hören wollen, was *secundum proposita* Rechtens sei. Diese Frage ist nicht mit dem *demander octroi* zu verwechseln. Sie kann nur gestellt werden, wenn die kontradiktorischen Behauptungen beider Parteien vorliegen, während

um das Octroi nach jeder einzelnen Erklärung gefragt werden muss. Das *ponere se in iudicium, s'apuyer en jugement* gilt für die Sache, über welche das Urteil gefällt werden soll, als *conclusio in causa*. Die Parteien verzichten dadurch auf die weitere Rechtsausführung über den fraglichen Punkt, während das Octroi nur die bereits gesprochenen Worte des Vorsprechers genehmigt. Haben die Parteien die Fällung des Urteils verlangt, so ist es ihnen nicht mehr gestattet, eine fehlerhafte Aeusserung ihrer Vorsprecher zu [771] verbessern. Nach De Fontaines XI, 8 kann der Sachwalter die misslungene Erklärung des Vorsprechers nur widerrufen, *ainz qu'il s'apuit à jugement*[1]. Ebenso Beaumanoir V, 7: *il doit dire tantost ce qu'il y veut amender, avant qu'il s'apuie en jugement; car puis que paroles sont couquiées (couchées, mises) en jugement, il n'i pot riens ne mettre ne oster.* Dass in der Touraine der Gerichtsgebrauch in dieser Beziehung derselbe war, erhellt aus folgender, in den Olims enthaltenen königlichen Anordnung vom Jahre 1277: *nec in verbis illis, super quibus fuerit litigatum et super quibus partes se supposuerint iudicio, poterit a partibus aliquid immutari*[2]. In Poitou gilt nach dem Livre des Droiz, Art. 652 der Satz: *Quant l'advocat d'une partie se met soubz jugement de moz pladoïez, ce vault adveu par la coustume.* Das heisst, das Wort des Vorsprechers gilt von da an ebenso für unabänderlich, als wäre es avouiert.

Obwohl die Partei ihre Sache von dem Momente des *poser sur cour* an nicht mehr verbessern konnte, so war es doch andrerseits ihrem Gegner gestattet, eine unbedachte und nachteilige Aeusserung, die ihr nach jenem Zeitpunkte entschlüpfte, für sich geltend zu machen. Das ist der Inhalt eines Urteils aus dem An-

---

[1] ou ains que l'autre partie mette en ni le maldit par usage de cort laie [das heisst, bevor der Gegner die Erklärung in ihrem fehlerhaften Wortlaut bestreitet. Vgl. Cout. d'Artois ed. Tardif X, 5: mais ce (amender) puet il (li sires) par amparlier jusques ou respons].

[2] Olim II 100, nr. 9. Anwendung auf unseren Gegenstand findet teilweise auch das Urteil in Olim I 706, nr. 22 vom Jahre 1267: dictum est et pronunciatum, quod quando litigatur in hac curia, aliqua parcium potest addere in causa sua et in dicto suo quousque verba parcium posita sint ad iudicium ... Ebenso folgende Stelle aus den Coutumes de Ponthieu (Marnier, Ancien Coutumier inédit de Picardie S. 126): On poet augmenter en sen errement dusquez à tant que on sest mis e(n) jugement et fermés sus le principal de le cose. Vgl. Marnier l. c. S. 30, nr. 21.

fang des vierzehnten Jahrhunderts, welches uns in den *Coutumes notoires, Assises et Ordonnances des Cours et Tribunaux de Picardie* erhalten ist[1]. Stefanie, welche auf eine Schuldurkunde hin belangt wurde, hatte aus verschiedenen Gründen die Streiteinlassung verweigert. Nachdem sich beide Parteien darüber auf das Urteil des Gerichts berufen hatten *(eulz estans en jugement)*, erklärte die Be-
[772] klagte unbedachtsam, dass sie nichts schulde, dass sie ihren Teil der Schuld bezahlt habe. Sofort hängt sich der Gegner an diese Aeusserung. Die Beklagte habe damit die Schuldurkunde anerkannt. *„Se elle veult proposer quitanche ou paiement, je li orray, et se che non, je di que elle est atainte de le demande.“* Stefanie entgegnet, diese Aeusserung könne ihr nicht schaden, sie könne nicht als Antwort gelten, denn sie hätte ja bereits ein Urteil über die Streiteinlassung begehrt. Der Kläger aber bleibt bei seiner Behauptung, *que si devoit comme elle l'eust dit en fache de juge et en court revestue d'ommes.* Das Gericht entscheidet zu Ungunsten der Beklagten.

γ) Die Busse.

Die Busse wird bezahlt wegen des Widerspruchs, den der Mündel gegen die Erklärung des Vorsprechers erhebt. Also ist es nicht das Amendement, sondern das damit verbundene Desaveu, welches die Bussfälligkeit erzeugt. In Konsequenz dessen wird keine Busse verwirkt, wo, wie bei Beaumanoir, eine Besserung ohne Widerruf, ein Amendement auf Grund des *avouer par amandement,* zugelassen wird.

Die Bussfälligkeit des Vorsprechers ist in der Somma, ebenso für den Fall des Desaveu bei Beaumanoir ausdrücklich bezeugt. Nach B. V, 14 kann der Richter jedem, der nicht unter seiner Gerichtsgewalt steht, die Erlaubnis verweigern, als Vorsprecher aufzutreten. So kann z. B. ein Geistlicher in einem weltlichen Gerichte als Vorsprecher zurückgewiesen werden. *Car s'il meffesoit ou il n'estoit avoés de se parole, ne porroit il estre justiciés por l'amende ne por le meffait,* sondern er müsste an das geistliche Gericht ausgeliefert werden[2].

---

[1] Marnier, Ancien Coutumier de Picardie S. 27, c. 28: Dune personne qui dist volagement aucune cose en fache de juge partie présente.

[2] Vgl. die Très anc. Cout. de Bretagne ch. 88, Bourdot de Richebourg IV 222 über den Procureur ou Alloué: et s'il est privilegié et justice

Eine Anzahl von Belegen für die Erholungsbusse bietet Bouteillers *Somme rurale:*

Fol. 210, col. 3; *Item si advocat en plaidant n'est advoue, il chet en dix solz d'amende.*

Fol. 208, col. 2: *Item si advocat plaide sans avoir adveu de celluy pour qui il parle, amender le doit au iuge a gaige ploie*[1], *et avec chet en amende de deux chappons au iuge.* [773]

Fol. 161, col. 2: *Et sil advenoit que l'advocat ne fust advoue de son maistre et il auroit dit chose contre l'honneur du seigneur, lors il doit estre condemne en l'amende de XX solz.*

Der scheinbare Widerspruch, der zwischen der ersten und letzten Stelle bezüglich der Busszahl obwaltet, behebt sich dadurch, dass in dieser die desavouierte Erklärung schon an sich durch ihren Inhalt eine Busse nach sich zog und daher die Konkurrenz der Uebertretungen die Busse steigern musste.

Die Sammlung der *Articles de Saint Dizier* enthält u. a. eine Anzahl fingierter Anfragen und Antworten, die in systematischer Ordnung wesentliche Grundsätze des Prozessrechtes erörtern, darunter folgende, die den hier zu behandelnden Gegenstand betreffen.

Loist-il au maistre[2] amender l'error de son advocat sens paine et sens corpe?[3]

Il li doit bien amender, mais ce n'est miez sens corpe.

Quelz est la corpe?

Elle est de trois s. se li faitres[4] *ou li corpables*[5] *ne se concorde en ce que ses advocas avera dit.*[6]

Li quelz est tenu en la corpe, ou li advocas ou les parties?

Li advocas y est tenus.[7]

---

seculiere ne le puisse justicier ou cas qu'il seroit ... desavoué, par corps ou par meubles ou par terre, il ne devroit pas estre receu à procureur ne alloué par cour seculiere.

[1] Gage ploié = gage fourni. Dup. Lab. Gloss. unter ploier l'amende.

[2] Der Mündel, sonst auch seigneur.

[3] culpa, Busse.

[4] faitres = actor. Ich lese ohne Bedenken faitres im Hinblick auf Art. 258 statt des sinnlosen fautes in Beugnots Text.

[5] reus.

[6] Art. 256, l. c. Olim II 834.

[7] Art. 257, l. c.

Was die Höhe der Bussen betrifft, herrscht Verschiedenheit. Nach Beaumanoir verwirkt der Vorsprecher die *simple amende*, und diese beträgt 5 Schillinge bei bevogteten Leuten, 10 Schillinge bei Gentilshommes; bei Bouteiller sind es desgleichen 10 Sous. Nur 3 nach dem Rechte von Saint Dizier. Die Somma gibt die Höhe der Busse nicht an.

Das juristische Prinzip, welches der Erholungsbusse zu Grunde liegt, ist oben bereits zur Sprache gekommen.

[774] Anhangsweise sei es gestattet, hier die Grundsätze anzuführen, welche Britton für die Strafbarkeit des *serjaunt* aufstellt[1]. Handelt es sich um Formfehler bei kriminellen Duellklagen, sei es in Klage oder Antwort, so trifft den Vorsprecher Strafe, sowohl wenn die Partei an sein Wort gegangen war, als auch im gegenteiligen Falle. Widerrief die Partei die Erklärung ihres *serjaunt*, so wurde dieser bestraft *par prisoun et par fin*[2] und jene musste sich mit einem besseren Vorsprecher versehen[3]. Hatte die Partei einer fehlerhaften Erklärung zugestimmt und war sie demnach mit ihrem Appell oder mit ihrer Antwort gefallen, so trifft den *serjaunt*, der das Wort so schlecht geführt hat, ein Amerciament von 100 Schilling, weil er verpflichtet gewesen wäre, die Kunst des Vorsprechens zu kennen, *se duist conustre en le mester de counter.*

δ) Die bessernde Erklärung.

Wurde die Partei um das Octroi gefragt, so durfte sie um ein Gespräche bitten. Sie beriet sich dann mit ihren Konsulenten. Glaubte sie die Erklärung des Vorsprechers bessern zu müssen, so konnte sie die bessernde Erklärung mit eigenem Munde abgeben oder durch jemand aus ihrem Conseil abgeben lassen. Das Recht des Conseils, zu amendieren, pflegte, wie aus den oben angeführten Eindingungsformeln zu ersehen ist, der Vorsprecher im *retenail d'amendement* vorzubehalten. Wo die Frage nach der Zustimmung nicht nach jeder Rede wiederkehren musste, konnte einer aus dem

---

[1] § 6. 7, I ch. XXIII, Nichols I 101. 102.

[2] Misericordia mulcta lenior ...; graviores ... mulctas fines vocant. Schmid, Ges. der Ags. Gl. S. 632. Ueber die Fines Gneist, Engl. Verwaltungsrecht I 185.

[3] et s'il (le serjaunt) soit disavowé, si soit puni par prisoun et par fin et il se purveye de meillour serjaunt.

Conseil dem Vorsprecher sofort ins Wort fallen und seine Rede verbessern [1]. Natürlich stand es im Belieben der Partei, diese Besserung ihrerseits zu desavouieren. Die bessernde Erklärung kann endlich durch den Vorsprecher selbst abgegeben werden, der im Worte gefehlt. So wenigstens nach Beaumanoir V, 8: *Mais s'il dit par amendement, li dis pot estre dis par li ou par aucun des autres, s'il li plest ou à le partie qui plede.* Hat die Partei [775] das Amendement nicht mit eigenem Munde gesprochen, so greifen wiederum die Rechtssätze ein, die bezüglich der Rede des Vorsprechers überhaupt in Geltung sind. Entweder muss der Richter um das Octroi fragen oder es kann der Gegner diese Frage stellen.

Eine förmliche Scheidung von Widerspruch und Amendement mochte in der Regel nur dann zum Vorschein gekommen sein, wenn die Partei auf die Frage des Richters, resp. des Gegners mit einem ausdrücklichen Ja oder Nein zu antworten genötiget war. Sonst konnten Partei oder Konsulent, wie es scheint, ohne ausdrücklichen Widerspruch sofort mit der Besserung hervortreten. Hieraus erklärt es sich, dass eine Unterscheidung zwischen vollständigem Widerruf einer verfehlten und beschränkter Besserung einer unvollkommenen Erklärung platzgreifen konnte, eine Neuerung, deren treibendes Motiv das Bestreben war, die Bussfälligkeit der Vorsprecher auf ein engeres Gebiet einzuschränken [2]. Ergänzung und Restriktion der Rede wurde als Amendement im engeren Sinne betrachtet und in solchen Fällen der Partei gestattet *d'avouer par amendement.* Das ist der Standpunkt Beaumanoirs, bei dem mit dieser Neuerung die andere Hand in Hand geht, dass ein Widerruf der Erklärung des Vorsprechers auch ohne vorausgegangenes *retenail d'amendement* gestattet wird. Schon De Fontaines lässt darauf schliessen, dass die Auffassung des Amendements schwankend geworden sei. Nach der Coutume von Vermandois war die Erholung nur im Falle des *retenail d'amendement* gestattet. In bezeichnender Weise wirft daher der Verfasser des Conseil die

[1] Et aussi peut le conseil corriger son client. Très ancienne Coutume de Bret. ch. 263, B. d. R. IV 262. Siehe ausserdem Jean d'Ib. c. 10. Vergleiche für das deutsche Recht die Kontroverse über die Stellung der Gehilfen bei Homeyer, Richtsteig Ldr. S. 425 C.

[2] Dass dieses Streben sich Bahn brach, wird begreiflich, wenn man bedenkt, dass die Dingleute selbst häufig als Konsulenten oder Vorsprecher fungierten.

Kontroverse auf, ob das Recht des Amendements das Recht des Widerrufs in sich schliesse. „Der hat dich schlecht belehrt“, so äussert sich De Fontaines, „der dir sagte, dass das schlichte Verneinen der Worte des Vorsprechers nicht Amendement, sondern *rapel* zu nennen sei, dass eine Besserung nur dann vorliege, wenn man zu den gesprochenen Worten etwas hinzufügt oder davon hinwegnimmt, nicht aber, wenn man sie vollständig negiert, und dass demgemäss der Mündel das Wort des Vorsprechers nicht widerrufen dürfe, falls dieser das Amendement schlechtweg und nicht auch ein *droit de rapel* vorbehalten hätte“. Diese Auffassung
[776] ist nach De Fontaines unhaltbar. Wer so spricht, *il ne prent mie bien garde à reson, car cil amende bien, qui de malvais estat met en bon.* Hiermit stimme auch das geschriebene Recht überein, welches in l. 3, Cod. II, 10, *De errore advocatorum*, den Widerruf einer irrtümlichen Erklärung des Advokaten ausdrücklich gestatte [1].

Wenn De Fontaines sich gegen die Scheidung von Amendement und Widerruf verwahrte, so geschah es, um die Konsequenz zu bekämpfen, dass man mit dem *retenail d'amendement* ein *retenail de rapel* verbinden müsse, um die Rede des Vorsprechers widerrufen zu dürfen. Allein der Grund, den er hierfür ins Treffen führt, die Bestimmung des römischen Rechtes, mit welchem hierin der kanonische Prozess jener Zeit übereinstimmt, hätte dahin führen müssen, den Widerruf überhaupt, auch ohne Retenail zuzulassen. Dann konnte der Begriff des Amendements unbeschadet des *droit de rapel* enger gefasst und der schlichten Negation gegenübergestellt werden, etwa in der Weise, wie dies im modernen parlamentarischen Sprachgebrauche der Fall ist. Man sieht aus jener Verwahrung De Fontaines' und aus der Art ihrer Begründung, dass die Umbildung des Begriffes „*Amendement*“, welche bei Beaumanoir abgeschlossen ist, damals schon im Zuge war — Trennung von Besserung und Widerruf — aber deshalb keine Ausschliessung des letzteren, wenn das Retenail nur auf Amendement gestellt war, sondern Zulassung desselben, auch wenn gar kein Vorbehalt gemacht worden war.

---

[1] De Font. XI, 10.

E. Conseil und Amendement beim Eide.

Ausgeschlossen war jegliche Erholung beim Eide, so lange das eigene Wort für unwiderruflich galt [1]. Denn ebensolange musste das Amendement auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen man durch den Mund eines andern sprechen durfte. Beim Eidschwur war dies nicht möglich. Kam es zum Eide, so hörte der Vorsprecher auf, als solcher zu fungieren. Darum ist aber die Anwendung von Hilfspersonen bei der Eidesleistung nicht ausgeschlossen. Auch der Vorsprecher mag dazu herangezogen werden, doch wird er dann nicht in seiner Eigenschaft als *avantparlier*, [777]
sondern nur als Konsulent thätig.

Conseilliers beim Eide erwähnt die Coutume von Reims in der Redaktion vom Jahre 1481, aber in einem etwas undeutlichen Zusammenhang, so dass es nicht erlaubt scheint, darauf ohne Zuziehung anderer Quellen sichere Schlüsse zu bauen. Klar und ausführlich sind über diesen Gegenstand die Franchises de Lille. Kläger und Beklagter lassen sich durch ihre Vorsprecher oder eine andere Hilfsperson, *présenteres* genannt, als eidesbereit dem Gerichte vorstellen. Bevor es zum Eide geht, stellt der Führer an den Richter die formelle, bei Strafe von 60 Sous unvermeidliche Frage: *Sire Prévost, puet-il aler as Sains?* Wurde die Erlaubnis erteilt, so lehrt der Gehilfe den Eidespflichtigen, wie er die Hand aufzulegen habe. Schliesslich ruft er ihm zu: Legt auf, so haltet, und rührt Euch nicht! *Metes sus, si tenes tout coit* [2]*!* Der Schwörende muss dann die Rechte auf die Reliquien legen, den Daumen fest in die Hand geschlossen, und die Schwurformel sprechen [3].

Ein besonderes Vorrecht genossen die Frauen. Da sie von den Förmlichkeiten der Eidesleistung nicht befreit waren, da auch sie durch eine vorzeitige Handbewegung mit dem Eide fallen konnten, so gestattete man ihnen, dass während der Eideshandlung ihr Vorsprecher oder Eidesführer seine Hand auf die ihrige lege, um sie durch den Druck der seinigen zu lenken und in der erfor-

---

[1] Vgl. Siegel, Erholung S. 26.

[2] Von quietus.

[3] Roisin S. 34, nr. 11. Mit Unrecht legt Brun-Lavainne in der Inhaltsangabe dieses Abschnittes die Eidesworte demjenigen in den Mund, der die Partei zum Eide führt.

derlichen Stellung zu halten. Das Recht von Lille bot ihnen diese Erleichterung in Anbetracht des Umstandes, *que femme est de hastive et de vollage corage plus que li hom ne soit*[1].

Die Reimser Coutume von 1481 erlaubt beim Eide die Anwendung des Amendements, indem sie dabei die Geltung des Grundsatzes „ein Mann ein Wort“ beseitigt[2]. Steigt dem Schwö-
[778] renden während der Eideshandlung das Bedenken auf, dass er im Eidesworte gefehlt habe, dann mag er die Formel von neuem sprechen. Wohlgemerkt, muss er dabei von vorne beginnen. Ein Verbessern oder Ergänzen einzelner Wörter oder Satzteile würde nicht genügen. Die ganze Formel muss tadellos gesprochen werden, soll der Eid gelingen. Das Recitieren der Schwurworte kann beliebig oft wiederholt werden, jedoch steht dem Schwörenden die Erholung nicht mehr offen, sobald er einmal die Schwurhand gesenkt hat. Denn das *baisser sa main* gilt als *conclusio in causa.* Das hat unter anderem die praktisch wichtige Folge, dass die Partei nicht etwa ein Urteil der Schöffen abwarten kann darüber, ob der Eid gegangen sei oder nicht, um dann nötigenfalls sich im Eide zu erholen. Erklärte das Urteil den Eid für misslungen, so war jede Besserung ausgeschlossen, denn das Senken der Hand galt als Berufung auf das Urteil, und *s'il l'avoit avalé, il ne seroit jamais receu à recommancer ne soy corriger*[3].

An diese Worte fügt unsere Coutume den Zusatz: *et sy ne puet avoir conseillier qui le puisse de rien advertir.* Wenn nach dem Rechte von Lille das oben erwähnte Vorrecht der Frauen auf ihre von Natur aus hastige Gemütsart zurückgeführt wird, so folgt daraus, dass die Männer in Bezug auf die Haltung der Schwurhand sich selbst überlassen blieben. Das scheint auch dieser Zusatz sagen zu wollen[4]. Die aufrechte Haltung der Hand gilt in Reims als entscheidend für die Zulässigkeit der Erholung. Und zwar soll

---

[1] Roisin S. 31, nr. 1. Vgl. über die Rechtswohlthaten der Frauen nach deutschem Recht Siegel, Erholung S. 29 ff.

[2] Varin, Arch. législ. de Reims, 2. Teil: Statuts I, Nachtrag zu den Coutumes, Variantes à la Cout. de 1481, S. XII.

[3] Ueber die Erholung beim Eide nach deutschem Rechte siehe Siegel, Erholung S. 37 ff.

[4] Dass mit dem Senken der Hand die Funktion des Konsulenten aufzuhören habe, kann deshalb nicht damit gemeint sein, weil von da an ein Konsulent überhaupt nichts mehr zu raten hat.

nicht etwa ein Gehilfe dem Schwörenden die Hand lenken, ihm in dieser Beziehung irgend welche Winke geben dürfen. Alle und jede helfende Teilnahme des Konsulenten ist deshalb bei der Eidesleistung nicht ausgeschlossen.

Für die Erholung im Eide kann schliesslich noch das anglonormannische Recht als Beispiel angeführt werden. Die sogenannten *Leges Henrici primi* teilen mit, dass bezüglich der Erholung im Eide die Gewohnheiten der einzelnen Landesteile sich zweien. In Hampshire sei eine Erholung im Eide beim *iuramentum fractum* [779] nicht gestattet. Wer bei einem solchen im Worte fehlt, ist sofort sachfällig, wie dies bei der normannischen Disraisina, bei den Voreiden in Lille und überhaupt nach strengem Rechte stets der Fall war[2]. An anderen Orten dagegen dürfe der Schwörende die Eidesformel wiederholen, so oft er will. Fehlt er im Eide, so ist ihm die Erholung gestattet, bis durch Urteil festgestellt worden, ob der Eid gelungen oder misslungen sei[3].

Das Amendement beim Eide bietet uns nicht das einzige Beispiel einer allmählichen Abschwächung des Formalismus. Wie ein Rückblick auf den Inhalt dieser Abhandlung ergibt, ist auch sonst vielfach das strenge Recht des Prozesses einer milderen Auffassung gewichen. Dass dies bei prozessualen Einrichtungen geschah, welche von dem Einflusse des fremden Rechtes noch unberührt geblieben sind, ist uns ein Fingerzeig, wohin die nationale Rechtsentwicklung aus sich selbst heraus hindrängte. Wie in Deutschland, so ging auch in Frankreich der Zug der einheimischen Rechtsbildung auf vielen Punkten dahin, einen Zustand anzubahnen, ähnlich dem, welcher durch die Aufnahme der kosmopolitischen Rechts- und Prozessideen, wie sie das antike und das mittelalterliche Rom erzeugte, hier wie dort schliesslich eingetreten ist.

Unhaltbar ist die nicht selten geäusserte Ansicht, dass der entgegengesetzte Entwicklungsgang stattgefunden, dass der alt-

[1] c. 64, § 1, Schmid, Gesetze der Angelsachsen S. 466.

[2] In Hamtescira, qui verborum iurat observantiis, semel iuret, et in eo lapsus vel elapsus iudicetur.

[3] So verstehe ich die etwas undeutliche Stelle: In quibusdam locis, quotiens velit, iuramentum repetat, donec efficiat vel deficiat (sc. donec, quod effecit vel defecit, iudicatum fuerit).

französische Prozess von ungeschlachter Formlosigkeit aus erst durch die Reformen seit Ludwig IX. und durch den Einfluss der fremden Rechte zu einer festen Organisation und zu einem ausgebildeten Formalismus gelangt sei [1]. Man macht sich ein falsches Bild, wenn man glaubt, dass in der Zeit des sogenannten Feudalismus die Rechtshändel in patriarchalischer Einfachheit entschieden wurden, falls nicht etwa die rohe Gewalt des gerichtlichen Zweikampfs den
[780] Knoten zerhieb [2]. Ein tieferer Einblick lehrt, dass jene Periode nicht durch Unklarheit und Verschwommenheit, sondern gerade durch die Starrheit des juristischen Denkens sich charakterisiert, wie sie den Ausgangspunkt für jede gesunde Rechtsentwicklung bildet. Das Staats- und Rechtswesen Englands und Nordamerikas zeigen, was aus solchen Anfängen ohne wesentliche Beeinflussung durch fremdes Recht werden konnte. Auch das Staatswesen kommt dafür in Betracht, denn die Einrichtungen des Staates und des Prozesses stehen in engstem Zusammenhange, letztere bieten ein getreues Spiegelbild der ersteren.

Keineswegs sind wir berechtigt, auf den strengen Formalismus des germanischen Prozesses mit vornehmem Lächeln hinabzusehen, zumal so lange wir selbst danach ringen müssen, Staat und Recht in feste Formen zu bringen. Der altfranzösische Prozess und der ihm korrespondierende Staat, so wenig sie sonst überschätzt werden dürfen, hatten den einen grossen Vorzug, dass sie den einzelnen nicht unter Vormundschaft stellten. Die Gesamtheit nahm es ängstlich genau mit der Form, weil diese noch am besten vor der Willkür des einzelnen schützte, ohne allgemeine Bevormundung nötig zu machen. Es wäre leicht gesagt, dass man die Sache über die Form stellen müsse, käme nur nicht immer so vieles darauf an, wer sie stellt und wie sie gestellt wird. In Frankreich und anderwärts erschien ja die Zeit, wo man sich von dem germanischen Formalismus befreite und die Sache über die Form stellte oder doch zu stellen glaubte. Allein mit der Achtung vor der Form sank auch die Energie des Gesamtwillens, und die Gesellschaft hat sich daran gewöhnt, dass der Staat den einzelnen, und zwar auch

---

[1] Vgl. Odier, Esquisse du droit féodal l. c. S. 435. Beugnot, Ass. I 58, N. a.

[2] Ein Lieblingsirrtum Meyers, Esprit, Origine et Progrès des Institutions judiciaires III 78. 139 ff. u. ö.

ohne sein Verlangen, durch das Leben führt und lenkt, etwa wie nach dem alten Rechte von Lille der Vorsprecher auf Verlangen beim Eidschwur die Hand des Weibes führte, *parce que femme est de hastive et de vollage corage.*

VII.

Die Zulässigkeit der Anwaltschaft im französischen, normannischen und englischen Rechte des Mittelalters.

[Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1878, I 321 ff.]

Einleitung.

Das deutsche, das französische und das englische Recht des [321]
Mittelalters unterscheiden in durchgreifender Weise zwischen Vorsprecher und Anwalt, avantparlier und procureur, counsel (countour) und attorney.

Die Anwendung von Vorsprechern, die in die fränkische Zeit zurückreicht, war allgemein zulässig. Der strenge Formalismus des Verfahrens machte es notwendig, jeder Partei, die in ihrem Rechte unbescholten war, die Bestellung eines Vorsprechers zu gestatten. Manche Rechte kennen sogar einen Vorsprecherzwang, welchem zufolge die Partei vor Gericht nur durch den Mund eines Vorsprechers reden darf, und andrerseits ist nicht selten das Gericht verpflichtet, der Partei auf ihr Verlangen aus den Beisitzern des Gerichtes einen Vorsprecher zu geben. Der Vorsprecher steht neben der Partei, die ihn bestellt hat, vor Gericht, um ihr Wort zu sprechen. Er ist nicht bevollmächtigt zu sagen, was er für
gut hält, sondern er ist formell nur berechtigt zu sagen, was die [322]
Partei gesagt wissen will. Spricht er etwas andres, so kann sein Auftraggeber ihn desavouieren, und er wird, weil er nicht das Wort der Partei, sondern sein eigenes Wort gesprochen hat, in eine Busse verurteilt, wie jeder, der in fremder Sache ohne das Recht zur Rede vor Gericht gesprochen hat. Der Vorsprecher darf sonach von Rechts wegen keinen eigenen Willen haben, er ist nur,

wie Azo in seiner Summa zum Kodex vom nuntius sagt[1], velut pica et organum et vox domini et recitat verba domini. Es ist nicht sein Wille dem Willen der Partei, sondern nur sein Wort dem Worte der Partei substituiert. Und es erscheint nur als eine juristische Konsequenz dieses Grundsatzes, dass der Vorsprecher nach manchen Rechten nicht verhindert ist, nach Beendigung seiner Thätigkeit teilzunehmen an der Findung des Urteils über den Rechtsstreit, in welchem er Vorsprecher war[2].

[323] Völlig verschieden ist die Stellung des von der Partei gekorenen Anwalts. Er steht nicht neben, sondern anstatt der Partei vor Gericht[3]. Seine Willensäusserungen gelten innerhalb seiner Vollmacht als Willensäusserungen des Vertretenen. Seiner Stellung liegt eine Willenssubstitution von seiten des Prinzipals zu Grunde. Nur sehr allmählich haben die Rechte germanischen Ursprungs sich herbeigelassen, eine derartige Willenssubstitution zu gestatten.
[324] Während des Mittelalters ist das Recht, durch einen gekorenen Anwalt zu prozessieren, ein wesentlich beschränktes.

Der französischen und englischen Jurisprudenz ist die Unterscheidung des Vorsprechers vom Anwalt bekanntlich sehr geläufig, weil sie in dem Gegensatze des advocat zum avoué, des counsel zum attorney und solicitor lebendig geblieben ist. Dagegen wurden in Deutschland der prolocutor und der procurator nicht auf die Dauer auseinander gehalten und kann die gemeinrechtliche Unterscheidung von Advokaten und Prokuratoren nicht etwa geschichtlich an den Gegensatz von Vorsprechern und Gewalthabern angeknüpft werden. Die Trübung und Verschiebung ist schon im Mittelalter eingetreten. Denn als mit der Aufnahme der fremden Rechte das Institut der Advokaten Eingang fand, wurden nach dem

---

[1] Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852. S. 123.

[2] So insbesondere nach bayrischem Rechte. Vgl. Paul Roth, Zur Geschichte des bayrischen Volksrechtes (1869) S. 19 ff.

[3] Ausgeschlossen bleiben von der folgenden Untersuchung die Vertretung im gerichtlichen Zweikampf, ferner die dauernden Bevogtungsverhältnisse in Fällen der Standesvormundschaft, sowie die Vormundschaft, welche in Fällen mangelnder oder beschränkter gerichtlicher Handlungsfähigkeit Platz greift, sei es nun, dass der Vormund allein vor Gericht auftritt, weil die Rechtssphäre des Mündels in seine, des Vormunds, Rechtssphäre aufgegangen ist, oder dass er neben dem Mündel als Beistand fungiert, um dessen gerichtliche Handlungsfähigkeit zu ergänzen.

Vorgange der Kammergerichtsordnungen von 1471, § 4. 6. 7 und von 1495, § 4. 6—10. 18 die Fürsprecher oder Redner mit den Prokuratoren oder Anwälten sprachlich identifiziert und den Advokaten gegenübergestellt[1]. Da auch manche neuere Schriftsteller diese Vermengung nicht immer vermeiden, schien es mir geboten, zunächst jenen Gegensatz klarzustellen, um die folgenden Ausführungen im Sinne der vergleichenden Rechtsgeschichte fruchtbar machen zu können.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es im französischen und im englischen Rechte des Mittelalters mündigen Personen gestattet war, in rechtswirksamer Weise einen Anwalt zu bestellen, soll den Gegenstand dieses Aufsatzes bilden. Sie hat nicht bloss antiquarisches Interesse, ihre Lösung bildet einen nicht unwichtigen Beitrag zur Geschichte der Stellvertretung in den germanischen Rechten, und diese ist für das Verständnis unsrer Rechts- [325]
zustände zum mindesten von nicht geringerer Bedeutung, als die Geschichte der römischen Kognitur und Prokuratur, die doch zu den Anfangsgründen unseres juristischen Unterrichts gehört. Unmittelbarer Anlass, die Beschränkungen der altfranzösischen und englischen Anwaltschaft ins Auge zu fassen, war mir der Umstand, dass sie mir den Schlüssel für das Verständnis der französischen und englischen Order- und Inhaberpapiere des Mittelalters darzubieten scheinen. Als Ausgangspunkt der Untersuchung dient hier das französische Recht, welches ja im weiteren Sinne auch das normannische in sich schliesst, während das englische Recht nur als ein Tochterrecht des letzteren in Betracht kommt[2].

Die Anwaltschaft war nach französischem Rechte auf Zivilsachen beschränkt, in cas de crime war sie schlechtweg ausgeschlossen[3], ein Rechtssatz, den die älteste Coutume der Bretagne

[1] Dasselbe ist in zahlreichen Particularrechten der Fall. In den Salzburger und Tiroler Weistümern und in der steirischen Landesrechtsreformation werden unter den Prokuratoren Vorsprecher verstanden.

[2] In Bezug auf die Ausgaben der im folgenden citierten französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen verweise ich auf meinen Ueberblick über die Geschichte dieser Rechtsquellen in von Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Auflage.

[3] Beaumanoir, Cout. du Beauvoisis IV, 15. 23. Bouteiller, Somme rurale (ed. 1537) f. 12. Coutumes de Bayonne aus dem 13. Jahrhundert bei Balasque, Études historiques sur la ville de Bayonne II (1869) S. 679. Die Coutume stand hierin in einem Gegensatze zum Verfahren der geistlichen

damit begründet, dass der Vertreter statt des Vertretenen weder gehängt noch infam werden könne[1]. Die Grundsätze über die Anwaltschaft in Zivilsachen sind verschieden nach coutumiärem und nach geschriebenem Rechte. Die allgemeine Zulässigkeit der Bestellung von Prokuratoren, wie sie das ius scriptum kennt, ist in
[326] den Ländern des droit coutumier nicht vorhanden. Aber auch manchen Landes- und Stadtrechten des südlichen Frankreich, welche geographisch in das Gebiet des droit écrit fallen, ist jener Rechtssatz fremd, wie ja überhaupt die übliche Scheidung der Länder des coutumiären und der Länder des geschriebenen Rechtes bekanntlich nicht dahin zu verstehen ist, als ob im Süden keine Coutumes gegolten hätten.

In der Gruppe der coutumiären Rechte sind wiederum mehrere Rechtskreise zu unterscheiden. In manchen Coutumes ist die gekorene Anwaltschaft grundsätzlich versagt und nur in Ausnahmefällen gestattet, nämlich in Fällen, in welchen die Partei nicht oder aus gewissen Gründen nicht in eigener Person vor Gericht erscheinen kann. Diese Coutumes, welche die Vertretung mehr oder minder ängstlich auf die Fälle echter Not beschränken, stehen dem ältesten Rechtszustande am nächsten. Soweit die Vertretung in weiterem Umfange, nämlich auch dann zugelassen wird, wenn die Partei zwar erscheinen kann, aber nicht erscheinen will, sind zwei verschiedene Typen von Anwälten auseinander zu halten. Der Gegensatz wird am schärfsten einerseits durch den normannischen attornatus und andrerseits durch den procureur général vertreten, wie ihn der sogenannte Stilus curiae Franciae zur Ausbildung brachte[2]. Die Coutumes des attornatus unterscheiden zwischen genereller und

---

Gerichte, welches in gewissen Kriminalfällen die Vertretung gestattete. Summa de omni facultate I, 31: quando procurator possit constitui in causa criminali bei Varin, Archives législatives de Reims I 417. Bataillard, Origines de l'histoire des procureurs (1868) S. 103. 223. Ueber das englische Recht Stephen (Blackstone), Commentaries (7. ed.) III 271.

[1] Très ancienne Coutume de Bretagne III 91 bei Bourdot de Richebourg, Coutumier général IV 222.

[2] Nur diesen procureur fasst ins Auge Bataillard, Les origines de l'histoire des procureurs, eine treffliche Schrift, welche im folgenden vielfach verwertet, aber auch vielfach berichtigt und ergänzt werden wird. Auf den Stilus curiae Franciae beschränken sich auch die Bemerkungen bei Warnkönig und Stein, Franz. St.- u. R.-Gesch. I 187; III 389. 478 und bei Schäffner, Rechtsverfassung Frankreichs II, 445.

spezieller Vertretungsvollmacht und lassen im allgemeinen nur die Bestellung von Anwälten für einen einzelnen bestimmten Rechtsstreit zu, ohne dass dabei ein Unterschied zwischen der Rolle des Klägers und der des Beklagten in Betracht käme. Der Stilus curiae Franciae unterscheidet zwischen der Vertretung des Klä- [327]
gers und der des Beklagten, gestattet letztere schlechtweg, erstere nur auf Grund eines Privilegiums, einer lettre de grâce. Nach dem Vorgange eines französischen Rechtshistorikers [1] kann man die Herrschaft dieser Rechtsgrundsätze immerhin als régime des lettres de grâce bezeichnen; doch ist zu beachten, dass dabei in einseitiger Weise nur die Rolle des Klägers ins Auge gefasst wird, und dass das Vertretungsprivileg von jeher und allenthalben eine Rolle spielt[2].

Der attornatus darf mit dem römischen cognitor, der procureur des régime des lettres de grâce darf mit dem römischen procurator verglichen werden. Jenem wird der bereits begonnene Rechtsstreit vor Gericht durch Formalakt übertragen. Der procureur kann für einen zukünftigen Rechtsstreit oder als Vertreter in allen Prozessen des Konstituenten, sei es nun gerichtlich oder aussergerichtlich bestellt werden und handelt stets auf Grund einer schriftlichen Vollmacht, einer procuration, welche entweder carta oder gerichtliche notitia sein kann.

Das System der lettres de grâce ist durch den dominierenden Einfluss des Königtums und des Pariser Parlaments in Frankreich schliesslich das allgemein herrschende geworden. So wurde denn auch der normannische attornatus durch den procureur des Stilus curiae Franciae allmählich verdrängt. Doch hat ihn das anglonormannische Recht bewahrt und selbständig fortgebildet; der attorney des englischen common law führt auf ihn zurück. Ausserdem haben einzelne Lokalrechte in den Ländern des geschriebenen Rechts und verschiedene dem französischen Flandern angehörige Coutumes durch das Mittelalter hindurch selbständige Rechtssätze über die Zuläs-

---

[1] Bataillard a. O.

[2] Das Wort procurator verwenden manche Quellen in engerem Sinne, indem sie damit nur den Vertreter des Klägers bezeichnen. So die Statuta domini Roberti für die Provence bei Giraud, Essai II 78: quod si (per) procuratores aut deffensores in hiis, in quibus intervenire possint, causae agantur, ea iura procurator alleget aut deffensor illas deffensiones opponat, quae principali parti competere non ignoret. Vgl. Cout. de Toulouse v. J. 1286, ed. Tardif 1884, S. 9.

[328] sigkeit der Anwaltschaft konserviert, indem sie sowohl das Eindringen der coutume générale als auch die Aufnahme des römisch-kanonischen Rechtes in dieser Materie standhaft von sich abwehrten.

1. Coutumes, welche die Vertretung grundsätzlich versagen.

Wenn man die Aussprüche der altfranzösischen Quellen mit den Rechtssätzen der deutschen Stammesrechte, des langobardischen, des englischen Rechts und der skandinavischen Rechte vergleicht, so weisen sie in unverkennbarer Deutlichkeit auf einen Rechtszustand zurück, welcher die Vertretung der Parteien vor Gericht schlechtweg versagte. Ein Rechtsgang, der, wie der germanische, ausschliesslich auf der Selbstthätigkeit der Parteien beruhte, konnte das persönliche Erscheinen der Parteien nicht entbehren. Das gilt auch vom altfranzösischen Gerichtsverfahren. Das ausgebildete System der Essoines, die unerschöpfliche Langmut in den reichlich bemessenen Fristen, die rechtliche Behandlung der maladie reséante, des morbus lecti [1] erklären sich nur durch die peinliche Strenge, mit welcher andrerseits das persönliche Erscheinen der Partei gefordert wurde. Die herkömmlichen Klagformeln waren derart stilisiert, dass nur derjenige, dessen Recht verletzt worden war, damit vor Gericht operieren konnte. Wenn beispielsweise nach dem Rechte von Orléans die Bürgschaftsklage lautete: G. est mis pléges por vingt livres, que Estienne me devoit de deus dra(p)s verz. Je li ai requis qu'il me ballast ses nanz (Pfänder), car termes est passez, ne le vost fere; si m'en plaing; car s'il viout dire que ce ne soit voirs, je sui prez de mostrer et de l'avérer par moi et par garanz, qui en fera ce qu'il devra [2], so konnte diese Formel nur von der Partei, nicht von einem Anwalt gesprochen [329] werden [3]. Für diesen hätte der ganze Satz eine Umgestaltung er-

[1] Eine Krankheit, welche zwingt das Bett zu hüten. Sie ist echte Not, pour ce que Dieu est plus fort que tout le monde et nous peut donner maladie et santé, quand il luy plaist. Très ancienne Cout. de Bretagne a. O.

[2] Livres de Jostice et de Plet XIX, 38, ed. Rapetti S. 313.

[3] Was das ältere englische Recht betrifft, so hat schon Coke, Instit. II 249 hervorgehoben, dass ursprünglich die Parteien persönlich erscheinen mussten, weil die in den Writs enthaltene Aufforderung, dass der Beklagte erscheine, auf dessen eigene Person beschränkt wurde und weil die Formel für das Auftreten des Klägers: et praedictus petens (oder querens) obtulit se

fahren müssen, welche namentlich in Bezug auf das Beweisangebot bedenkliche Schwierigkeiten hervorgerufen hätte. Das Beweisverfahren, welches so häufig in Parteieiden gipfelte, gestattete keine Vertretung im Eide. Der etwa denkbare Ausweg, den Prozess durch einen Vertreter zu führen und den Eid persönlich zu schwören, fand ein Hindernis in formellen Schwierigkeiten, nämlich in der Leistung des Eidesgelöbnisses durch den Vertreter und in dem Satz, dass der Eid wörtlich mit der Prozessrede übereinstimmen sollte, die zum Eidesthema erhoben worden war[1]. Unsere heutigen Anschauungen, gebildet unter Verhältnissen, in welchen die Prozessführung durch Vertreter die Regel und die rechtsgeschäftliche Stellvertretung fast unbeschränkt ist, können sich nur schwer in ursprüngliche Rechtszustände hineinfinden, in denen bei Durchführung eines Rechtsstreites, bei Kontrahierung oder Zahlung einer Schuld die handelnden Subjekte nicht als personae fungibiles galten. Versenkt man sich aber in die Struktur des älteren Prozessrechtes, so liegt umgekehrt die Schwierigkeit darin, sich klar zu machen, wie es denn möglich wurde, wenigstens in Ausnahmefällen einen Anwalt zuzulassen.

Der altfranzösische Prozess kann mit Rücksicht auf die un- [330]
bedingte Herrschaft der Form dem römischen Legisaktionenprozess an die Seite gestellt werden. Der Vergleich passt auch in Bezug auf die Zulässigkeit der Anwaltschaft. Denn geradezu wörtlich gilt für das altfranzösische Recht der Satz, welchen Gaius IV, 82 für den Legisaktionsprozess aufstellte: cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis . . . Ja die Uebereinstimmung geht so weit, dass auch in den Ausnahmefällen beider Rechte eine gewisse Verwandtschaft nicht zu verkennen ist.

Gleichwie in Rom die Entstehung des Formularprozesses die erweiterte Anwendung der Anwaltschaft ermöglicht hat, so haben

quarto die etc. stets von der Person des Klägers selbst verstanden wurde. Vgl. Britton, II 358, VI, 10, § 5. Ueber die Beschränkung der Vertretung im altrömischen Recht Puchta, Inst. 7. Aufl. II 44, welcher denselben Gesichtspunkt geltend macht. „Die feierlichen Worte, die bei der Legis actio vorgeschrieben waren, sind von der Beschaffenheit, dass der Kläger sich selbst das Recht, das er geltend machte, zuerkennen musste. Ebenso musste der Beklagte das Subjekt sein, gegen das der Anspruch gerichtet war."

[1] Vgl. oben S. 324.

gerade in jenen Rechtsgebieten Frankreichs, welche die grundsätzliche Versagung der gerichtlichen Vertretung überwanden, tiefgreifende Prozessreformen der allgemeineren Zulässigkeit der Anwaltschaft die Bahn gebrochen. Die Neuerungen Heinrichs II., welche die Beweisjury und die brevia in das ordentliche Gerichtsverfahren der Normandie einführten, ebneten dem Auftreten des normannischen attornatus den Weg. Und der procureur général des Stilus curiae Franciae ist Parteivertreter in einem Verfahren, dessen Grundlage Ludwig IX. durch die Entlehnung kanonistischer Prozesseinrichtungen, insbesondere des inquisitorischen Zeugenbeweises, geschaffen hatte.

Von den Coutumes, welche die gerichtliche Vertretung prinzipiell verweigern, sollen im folgenden einige Beispiele verzeichnet werden. Die Aufzählung ist keine erschöpfende und zieht sowohl südfranzösische als auch flandrische Coutumes heran.

1. In der Landschaft Bearn galt nach dem For de Morlaas (von 1220) der Rechtssatz, dass ein Prokurator vor Gericht nicht
[331] angenommen wurde, ausser wenn der Vertretene des Landes verwiesen war und einen wahrhaften Grund anführen konnte, weshalb er nicht zu kommen wage[1].

2. Die Schöffen von Douai lassen sich im Jahre 1290 von dem Grafen von Flandern das Privilegium erteilen, dass wenn ein Schuldner aus der Stadt verwiesen sei, seine in der Stadt befindlichen Güter von den Gläubigern mit Beschlag belegt und in Anspruch genommen werden können und zwar derart, dass der Eigentümer sich dabei durch einen procureur vertreten lassen dürfe[2].

3. Beaumanoir, der für die höheren Stände das System der lettres de grace zur Anwendung bringt, teilt mit, dass nach der Coutume von Beauvoisis bevogtete Leute (der hons de poesté) weder als Kläger noch als Beklagte einen procureur stellen.

> IV, 31: nous n'avons pas acoustumé que hons de poesté face procureur en nul cas, mais gentilhons, religieus,

---

[1] Art. 289, Rubr. 92: De no prener procuratori: Que non prenque hom procurador per autre, sino que fora banit sie de la terre et mustri causa de vertat, que non y ausi bier. Fors de Bearn, Législation inédite du 11me au 13me siècle publ. par Mazure et Hatoulet. Pau et Paris.

[2] Tailliar, Recueil d'actes en langue romane wallone du Nord de la France 1849, S. 361, nr. 238.

clers et femmes le poent fere en deffendant, non en demandant.

4. Die Coutumes von Toulouse von 1286 gestatten die Bestellung eines procurator vor der Litiskontestation nur mit Zustimmung des Gegners:

Noverint universi praesentes pariter et futuri, quod usus et consuetudo est Tolosae, quod in causis civilibus ante litis contestationem non admittitur procurator vel deffensor, nisi de voluntate partium illud fiat [1].

5. Eine Coutume von Orléans, welche noch vor 1254 entstanden sein dürfte, stellt den allgemeinen Grundsatz auf: nus procurators n'est receüz en cort laie. Eine selbstverständliche Ausnahme macht der Fall, dass die Gegenpartei zustimmt. Schlechtweg privilegiert sind Kapitel, Gemeinden und personnes autentiques, d. h. wohl siegelmässige Personen, insbesondere Barone und Bischöfe [2].

Abweichungen zeigt in Einzelheiten der Livres de Jostice et de Plet, der in seinen nichtromanistischen Sätzen das Recht von Orléans darstellt. Er enthält über die Zulässigkeit der Anwaltschaft eine Anzahl nicht ganz klar gefasster Aussprüche, als deren leidlich sicheres Ergebnis sich folgende Sätze gewinnen lassen.

Minderjährige, Stumme, Blinde, Thoren, hochschwangere [332]
Frauen, Personen, welche an dauerndem Siechtum leiden, solche, die sich auf Kauffahrten oder Pilgerfahrten befinden, oder zu gemeinem Nutzen verreisen, sowie Gefangene dürfen durch Vertreter prozessieren [3]. Doch gelten diese Verhinderungsgründe nur en cause de moeble. In Grundbesitzstreitigkeiten darf man nur bei dauerndem Siechtum einen procureur bestellen. Als eine weitere Beschränkung kommt noch hinzu, dass — abgesehen von dem Falle anhaltender Krankheit — in der Rolle des Klägers nur höher gestellte Personen sich ohne Zustimmung des Beklagten vertreten lassen dürfen [4]. Der Beklagte — das ist der Gesichtspunkt, [333]

---

[1] Coutumes de Toulouse ed. Ad. Tardif 1884, S. 9.

[2] Usage d'Orleanois c. 7, rekonstruiert von Viollet, Établissements de Saint Louis I 497. Établ. de S. Louis II, 9 a. O., II 348. Die Stelle ist in den Coutumier d'Artois IX, 15 und in das Abrégé Champenois 37, Viollet a. O. III 152, übergegangen.

[3] Livres de Jostice III, 2, § 1, S. 105.

[4] Livres de Jostice IV, 11, § 1, S. 132: Simple chevaliers, ni simple

der die Anwaltschaft hier noch weiter einengt — braucht sich ausser dem Fall des morbus lecti auf die Klage des Vertreters nicht einzulassen, wenn nicht der Vertretene ein geistlicher oder weltlicher Grosser ist. Charakteristisch ist die besonders weitgehende Beschränkung der Vertretung in Grundbesitzsachen. Minderjährigen war sie bekanntlich wie im salfränkischen, so auch im französischen Rechte in Bezug auf das Erbgut vollständig versagt, so dass der Prozess liegen bleiben musste, bis der Unmündige zu seinen Jahren gekommen war[1].

Der König, Kapitel und Gemeinden können stets durch einen procurator klagen.

6. Eine alte Coutume von Dijon scheint die Vertretung schlechtweg nur Körperschaften zu gestatten[2].

7. In dem Gerichtsverfahren der Champagner Messen bestand bis zum Jahre 1344 der Grundsatz, dass sowohl der Kläger als auch der Beklagte eines besonderen königlichen Privilegs, einer lettre de grâce bedürfe, um das Recht der Vertretung zu erlangen. Erst eine Ordonnanz Philipps VI. vom Juli 1344, die Ordonnanz von Chateau-Thierry: pour la reformation des foires de Champagne, führte das Recht des Stilus curiae Franciae ein, indem sie bestimmte, dass der Beklagte sich ohne Privileg solle vertreten lassen dürfen.

> Art. 19: Nous ordonnons que tuit deffendeurs soient receus à plaidier leurs causes par procureur sans grace en la court de foires ès cas, qui ne desirent detention de corps, non obstant coustume contraire[3].

---

clers, ni borjois, ne maine personne ne puet metre procurator por soi, se il ne sont empeschié de maladie reséente et lors l'en doit respondre à son procurator.

[1] Vgl. darüber die treffenden Bemerkungen von Amiras in der Kritischen Vierteljahrsschrift XVII 430 und Warnkönig, Franz. Staats- und R.-Gesch. II S. 193 ff. Ueber das englische Recht Coke, Inst. I 135 b, Note 1, II 261. 390. Nach dem Livres de Jostice III, 2, § 2, S. 105 und IV, 11, § 1, S. 131 verweigert der Unmündige die Antwort auf Klagen um ererbtes Gut, bis er 15 Jahre alt geworden ist. Vgl. Assises d'Antioche, Cour des Bourgeois ch. 2.

[2] Pérard, Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne 1664, S. 358 (die Coutume scheint der zweiten Hälfte des dreizehnten oder der ersten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts anzugehören): Item il est coustume, que nuls ne plaidiera par procureur en cort laie, se n'est chapitres ou covanz ou colleiges . . .

[3] Ordonnances du Louvre II 204.

8. Wie nach dem älteren Rechte der Champagner Messen war auch nach dem Livre des Droiz et des Commandemens d'office [334] de Justice, einer Kompilation über das Recht von Poitou aus der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts, dem Beklagten ebenso wie dem Kläger die wirksame Bestellung eines Anwalts nur auf Grund eines königlichen Privilegiums gestattet[1].

9. In der Grafschaft Namur war es bis zum Jahre 1477 nicht gestattet, sich en action personnelle vertreten zu lassen. Vielmehr mussten beide Parteien zu jedem Gerichtstermine persönlich erscheinen à péril de perdre leur action. Erst eine Satzung der Gräfin von Namur aus dem gedachten Jahre hob diesen Rechtssatz auf, welcher als chose dure et fort prejudiciable bezeichnet wird. Fürderhin solle jede Partei einen procureur bestellen können unbeschadet der in Person zu leistenden Eide[2].

10. In der flandrischen Stadt Ypern war noch im Jahre 1619 das Vertretungsrecht nur in Fällen echter Not anerkannt. Ueber das Vorhandensein echter Not entschied das Ermessen des Gerichtes[3].

Fassen wir die Aussprüche der erörterten Rechtsquellen kurz [335] zusammen, so stimmen sie in der prinzipiellen Versagung der Anwaltschaft überein. Die Ausnahmen betreffen entweder Fälle, in welchen die Partei verhindert ist, persönlich zu erscheinen, oder den Fall eines Privilegs, welches das Recht der Anwaltsbestellung gewährt, oder den Fall, dass der Prozessgegner in die Vertretung einwilligte.

---

[1] Art. 802: De non apparestre sans grace. Nulle personne sécullière ne autre n'est receu en court séculière par procuracion sans grace, soit en demandant ou en deffendant, excepté prélaz ou collégez comme abbez, prieurs conventuaux ou autres collégez.

[2] Coutumes de Namur publ. par Grandgagnage I 294, ch. 20: Ordonnons que doresenavant chacun pourra éstre receu par procureur en baillant caution et seurté aux justiciers, qu'il appartiendra, de accomplir le jugié, se ainsi n'est que l'une partie ou l'autre vueille déférer ou référer le serement.

[3] Et les deux parties, tant le demandeur que le défendeur procédant au siège sont obligées d'intenter leur cause et de la poursuivre en personne, sans que personne y seroit receue à procéder pour un autre par procuration, si ce n'estoit pour cause considérable et nécessaire à la discrétion de l'avoué, du premier des eschevins ou du tenant leur place en leur absence. Le stil et usage de procéder au siège, Coutumes de la ville d'Ipre, Bourdot de Richebourg, Coutumier général I 878. Ypern hat als Oberhof nicht nur in Flandern (z. B. in Estaires), sondern auch im eigentlichen Frankreich (Saint Dizier in der Champagne) eine ausgedehnte Rechtssprechung ausgeübt.

2. Der Stilus curiae Franciae oder das System der lettres de grâce.

Von anderen Gesichtspunkten wird jener Gerichtsbrauch beherrscht, der seit dem Ende des vierzehnten Jahrhunderts als Stilus curiae Franciae oder auch als Coutume générale de France bezeichnet wird und uns in den für die Ausbildung einer gemeinen Coutume zumeist massgebenden Rechtsbüchern des dreizehnten Jahrhunderts, bei Pierre de Fontaines, bei Beaumanoir und im Coutumier von Artois entgegentritt. Er zeichnet sich durch folgende Eigentümlichkeiten aus:

1. Die Vertretung des Klägers ist prinzipiell unzulässig. Es kann ihm nur ein Privileg des Souveräns die Befugnis zur Bestellung eines Vertreters gewähren.

2. Der Beklagte kann sich durch einen Anwalt vertreten lassen. Er bedarf dazu keines Privilegs; er ist auch nicht genötigt, einen Verhinderungsgrund zu behaupten und zu beweisen.

3. Der Vertreter kann nicht bloss für einen einzelnen bestimmten Rechtsstreit, sondern als ein procureur général für alle Rechtshändel des Vertretenen bestellt werden.

1. Die Vertretung des Klägers ist prinzipiell unzulässig.

[336] De Fontaines IV, 24: Mès se il demande à autrui ... il ne puet mie selonc la costume ausi metre home en son leu por porsiure sa droiture, com il puet por li défendre[1].

Beaumanoir IV, 2: En demandant nus n'est ois par procureur.

Coutumier d'Artois tit. 2, § 8: S'aucuns te fait adjourner et tes adversaires te fait demande par procureur, tu n'i responderas mie ... se li rois ne l'en fait grace.

Stilus Parlamenti c. 13 (f. 25): actor qui est de patria consuetudinaria non potest per procuratorem agere, nisi super hoc gratiam regis habuerit.

Jedoch eröffnet ein Privilegium den Weg zur Bestellung eines Vertreters.

Gewisse Personen sind durch Rechtssatz privilegiert[2]. Als

[1] Aufgenommen im Coutumier d'Artois tit. 3, § 5.

[2] Beaumanoir IV, 2. 17. 18; Coutumier d'Artois tit. 9, § 5; Grand Coustumier de France III, 6, S. 434.

solche werden erwähnt Kirchen, Bischöfe, Prälaten, Barone, Kapitel und Gemeinden. Die einzelnen Quellen stimmen in der Aufzählung der privilegierten Klassen nicht vollständig überein. Der Kreis war ursprünglich enger gezogen und wurde allmählich ausgedehnt. Aus Anlass einer Beschwerde, welche Papst Nikolaus IV. 1289 an König Philipp IV. richtete[1], statuierte ein königliches Privilegium von 1290 zu Gunsten der Prälaten, geistlichen Kollegien und der personae ecclesiasticae zunächst nur ein beschränktes Vertretungsrecht, indem es bestimmte, ut in causis tam agendo quam defendendo per procuratorem admittantur, dum tamen in principio causae eorum praesentiam requirentis praesentes existant: in arduis vero causis personaliter litigabunt sicut existit consuetum[2].

Andere Personen bedürfen eines speziellen Privilegiums, einer [337] lettre de grâce. Zunächst wurden solche Vergünstigungen nur in Verhinderungsfällen erteilt. Die echte Not an sich genügte also nicht, um einen Vertreter zu bestellen; es musste das Privilegium des Souveräns hinzutreten. In einem Arrêt des Pariser Parlaments von 1267, Olim I 709, nr. 22 findet sich die Mitteilung:

> dedit dominus rex procuratorem et quasi curatorem dicto Guillelmo propter infirmitatem seu impedimentum ipsius.

Auch nach Beaumanoir erscheint die grâce nur als eine ausnahmsweise und aus besonderen Gründen erteilte Begünstigung, welche solchen Personen gewährt werde, die im Dienste des Souveräns beschäftigt sind und deshalb ihre eigenen Geschäfte nicht wahrnehmen können. In der Folge wurde bei der Gewährung der lettres de grâce auf den Anlass des einzelnen Falles keine Rück-

---

[1] Raynaldus, Annales eccl. ed. Mansi IV 60, nr. 41; Potthast, Reg. Romanor. pontif. nr. 22935: Der Papst beschwert sich über die am Königsgerichte geltende Gewohnheit, dass den Prälaten des Reiches nicht gestattet sei, per procuratorem quantumlibet legitimo constitutum agere vel actionem etiam modicam quomodolibet intentare. Um die Aufhebung oder Milderung dieses statutum seu consuetum bittet er um so dringender, als es dem Vernehmen nach an den Hofgerichten der grossen Kronvassallen nicht in Geltung sei.

[2] Aus Bataillard a. O. S. 414. Mit Berufung auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht nahm der Adel der Balleien von Amiens und von Vermandois das Recht in Anspruch, sich ohne grâce vertreten zu lassen. Eine Ordonnanz von 1315 (O. L. I 561) versprach die Fortdauer dieses Vorrechts. Bataillard a. O. S. 126 missversteht diese Ordonnanz, wenn er glaubt, dass der König die Bitte der Petenten abgeschlagen habe.

sicht genommen. Sie wurde zur fiskalischen Verwaltungsmassregel, zum gewerbemässigen Verkauf des Kanzleisiegels. Es war nämlich die königliche Kanzlei ein für allemal ermächtigt, gegen Zahlung der herkömmlichen Siegelgebühr von fünf oder sechs Sous jedermann, der darum nachsuchte, den Gunstbrief zu gewähren. Das Vertretungsrecht des Klägers hatte damit aufgehört, eine Ausnahme zu sein; die lettre de grâce hatte thatsächlich den Charakter des Privilegiums verloren und war zu einer Formalität herabgesunken, welche die einzige Wirkung hatte, die Kosten der Prozessführung zu verteuern.

Ein Beispiel einer königlichen lettre de grâce bietet eine Urkunde vom 13. Oktober 1355, welche sich in die von Varin herausgegebenen Archives administratives de Reims verirrt hat:

> Johannes Francorum rex ... notum facimus nos de gracia speciali concessisse P. la Sauge ... ut ipse in omnibus
> [338] causis suis motis et movendis contra quoscumque adversarios suos coram quibuscumque iudicibus secularibus regni nostri agendo et deffendendo per procuratorem extra parlamentum usque ad annum admittatur. Datum Parisiis[1].

Nach Beaumanoir ist die Gewährung der grâce Attribut jeder Souveränität. Es kann sie der König im Gebiete des ganzen Reiches, der seigneur, qui tient en baronie, innerhalb seiner Baronie verleihen[2]. Dagegen findet sich in den sogenannten Décisions de

---

[1] Arch. adm. de Reims ed. Varin III 72, Note 1. Bataillard, dem diese Urkunde entgangen ist, führt im Anhang unter nr. 12. 23 und 26 drei andre Beispiele von lettres de grâce auf. Allein nr. 12 von 1338 ist keine solche. Es handelt sich da um ein im Parlamente erzieltes Einverständnis der beiden Prozessparteien, von welchen die eine der Procurator regis ist, des Inhalts, dass der Gegner des letzteren sich in der obschwebenden Streitsache durch einen Procureur solle vertreten lassen dürfen. Darüber wird im Namen des Königs eine Urkunde ausgestellt, welche sich begnügt, diese Thatsache zu konstatieren. Auch nr. 23 von 1405 kann nicht als Typus der lettres de grâce gelten; es ist ein Schutzbrief, der neben anderen Vergünstigungen auch das Vertretungsrecht (ohne die den lettres de grâce charakteristische Beschränkung auf die Dauer eines Jahres) gewährt. Nr. 26 ist eine lettre de grâce von 1409, welche, wie aus der Erwähnung des échiquier und des attourné hervorgeht, ihre Wirksamkeit auch auf die Normandie erstrecken soll.

[2] Cout. de Beauvoisis IV, 31. In einem Streite zwischen Erzbischof und Schöffen von Reims v. J. 1316 behauptet jener, dass die Vollmacht des Procureurs der Schöffen ungültig sei, parce que par la coustume de ces païs

Desmares, welche dem vierzehnten Jahrhundert angehören, bereits der Rechtssatz:

> Et ne peut donner grace à pledier par procureur en demandant fors tant seulement le Roy (Dec. nr. 168)

eine Aenderung, in welcher sich die Wandelung widerspiegelt, welche die Stellung der Barone in der Zwischenzeit der erstarkenden Königsgewalt erlitten hatte[1].

Die Wirksamkeit der lettres de grâce ist eine zeitlich be- [339] schränkte. Die grâce dauert, wie das angeführte Beispiel darthut, in der Regel nur ein Jahr. Nach Beaumanoir ist es die Vertretungsvollmacht, procuration, des Vertretenen, welche nach Jahresfrist erlischt, wenn der Vertreter und der Vertretene in der Grafschaft Clermont wohnen. Das von ihm angeführte Motiv: car moult de perix porroient venir por anciennes procurations oubliées es mains des procureurs hat mit Recht Befremden erregt, da das

li soubget aucun signeur ne puent faire procureur ne establir procureur, se ce n'est par l'auctoriteit et le congiet de leur signeur ... Et comme la procuration ... n'ait mie esteit faite par l'auctoriteit ne congiet doudit arcevesque, ne li eschevin, qui sont soubget à l'arcevesque ... n'en aient pris congiet à l'arcevesque .., la procuration .. doit estre dite de nulle valeur. Varin, Archives administr. de Reims II, 1, S. 179 ff.

[1] Im Hennegau konnte zur Zeit Bouteillers der Kläger nicht einmal auf Grund eines Privilegiums einen Anwalt bestellen. Nachdem Bouteiller den Stilus curiae Franciae dargestellt, fährt er fort: mais selon lusage d'Haynoult nul en demandant nest receu par procureur et convient qu'il face son proces en personne ou aultrement aultre n'y seroit receu. Ausgabe von 1505. Die jüngeren Ausgaben haben diesen Satz unterdrückt. Charondas bemerkt S. 52 der Ausgabe B. von 1611, dass in einer ihm gehörigen Handschrift sich der Zusatz finde: ce qui a lieu aussi (das System der lettres de grâce) par l'usage de Hainault. Es dient als Massstab für das Alter der einzelnen Handschriften Bouteillers, ob und in welcher Form sie den gedachten Zusatz enthalten. Die Angaben der älteren Texte finden ihre Bestätigung in einer Handfeste Wilhelms von Bayern v. J. 1410 bei Faider, Cout. du pays et comté de Hainaut I 91, § 5. Danach hatte im Hofgerichte von Mons der Rechtssatz gegolten, que nuls, quels qu'il fust, n'y pooit plaidier ende mandant, se il n'y estoit en propre personne meismes, non obstant ensongne de malladie ou autre occupation qu'il euwist. Das wird dahin geändert, dass der Gerichtshof in Fällen echter Not und geschäftlicher Verhinderung die Bestellung eines Prokurators bewilligen könne. Die Vollmacht muss Generalvollmacht sein (sans dénoncer partie adverse) und erlischt binnen einem Jahre. In Klagen gegen Landesherrn und Fiskus wird ein Procureur nach wie vor nicht zugelassen. Nachmals gestattete Philipp der Gute die Vertretung in allen Gerichten des Hennegaus.

französische Recht jener Zeit sich doch sonst nicht scheut, den Grundsatz iura vigilantibus scripta sunt zur Wahrheit zu machen. Darf ich eine Vermutung aussprechen, so ist die einjährige Dauer der Vollmacht aus einer thatsächlichen Gewohnheit hervorgegangen, welche ihrerseits aus älteren zur Zeit Beaumanoirs vergessenen Rechtssätzen entstanden sein dürfte. Eine englische Urkunde von 1243, welche die Bestellung eines attornatus enthält, ist zum Schluss mit der Klausel versehen: volo autem quod literae istae durent per annum [1]. Sollte es nicht auch in Frankreich Sitte gewesen sein, die Vertretungsvollmacht auf die Dauer eines Jahres zu beschränken, bis endlich aus dieser thatsächlichen Uebung der allgemeine Rechtssatz entstand, dass die Vollmacht nach Jahr und Tag erlischt? Suchen wir nach einem Motiv jener thatsächlichen Beschränkung, so liegt es nahe, an die Grundsätze über die saisine von Jahr und Tag zu denken. Eine länger dauernde Vertretung hätte nach älterem Rechte vielleicht zu einer dauernden Bevogtung, zu einer Schutzherrschaft führen können, wenn der Vertreter sich auf die Zeit von Jahr und Tag berufen konnte. Da es sich einmal um Hypothesen handelt, kann noch ein andres Moment herangezogen werden.
[340] Aeltere deutsche Rechtsquellen gestatten eine Vertretung in Grundbesitzsachen nur in der Weise, dass der Vertreter formell zum Eigentümer des Grundstücks gemacht wird. Hat das französische Recht in ältester Zeit unter ähnlichen Anschauungen gestanden [2], so würde es sich leicht erklären, dass eine die Frist der rechten Gewere erreichende Dauer der Vertretungsvollmacht als bedenklich und gefährlich erschien. In der Zeit nach Beaumanoir wurde die beschränkte Dauer der Vollmacht auf die grâce übertragen. Die sogenannten Décisions von Desmares [3] und die jüngeren Quellen

[1] Madox, Formularium Anglicanum nr. 607, S. 346.

[2] Das französische Recht kennt eine Verpfändung von Grundstücken in der Form, dass der Gläubiger für den Fall des Vertragsbruches als Procureur bestellt wird mit der Vollmacht, das Pfandobjekt in rem suam Namens des Schuldners zu veräussern. Vgl. Dareste, Sur l'origine de l'exécution parée in der Bibliothèque de l'école des chartes, sér. III, t. I 457. — Nicht ungewöhnlich war es auch, dass aus Anlass einer Schenkung der Beschenkte als Procureur des Schenkers bestellt wurde pour avoir plus d'action en la chose. Bouteiller (1611) I, tit 10, S. 48: de procureur estably à qui on donne don.

[3] Décis. nr. 168 bei Brodeau, Cout. de Paris II 579. Vgl. Bouteiller a. O. S. 44. Das Register der Assisen von Senlis von 1340/1 vermerkt das

sehen nicht auf das Datum der procuration, sondern auf das Datum der grâce, indem sie das Recht, durch einen Procureur zu prozessieren, nach Jahresfrist erlöschen lassen. Desgleichen enthalten die überlieferten Beispiele von lettres de grâce aus den Jahren 1355 und 1409 die Klausel der einjährigen Dauer. Da mit dem Erlöschen der grâce — denn diese hatte die Zulassung des Procureurs zum Inhalt — auch die erteilte Vollmacht hinfällig wurde, so musste der Gunstbrief, wenn der Prozess noch nicht begonnen hatte und das Vertretungsverhältnis fortdauern sollte, von Jahr zu Jahr erneuert werden, eine Beschränkung, die vollständig dem fiskalischen Charakter entspricht, den das Erfordernis der grâce im vierzehnten Jahrhundert angenommen hatte.

Die dargestellten Grundsätze galten für das Verfahren des Pariser Parlaments und für eine Anzahl zentral- und nordfranzösischer Coutumes. Jedoch cessierten sie am Pariser Parlamente [341] dann, wenn der Kläger nach seinem Heimatsrechte die Befugnis der Anwaltbestellung hatte, wie das nach dem droit écrit der Fall war. So sagt der Stilus parlamenti, c. 13:

> Item procurator rei nunquam indiget gratia, nec procurator actoris, si sit de patria, quae iure regitur scripto.

Die Bestimmungen jener Coutumes, welche die Anwaltschaft noch weiter beschränkten, blieben anfänglich in Kraft, andrerseits aber auch herkömmliche Privilegien, die nach einigen Coutumes höhere Stände genossen, trotzdem dass sie dem Erfordernis der grâce widersprachen [1]. Allmählich aber wurde der Einfluss, welchen die curia regis im Sinne einer einheitlichen Rechtsbildung ausübte [2], so stark, dass der Stilus curiae Franciae auch in jenen Ländern zur unbedingten Herrschaft gelangte, deren Coutumes ursprünglich von andern Gesichtspunkten ausgegangen waren. Bezeichnend ist in dieser Beziehung eine Rechtsbelehrung, welche am Ende des vierzehnten oder am Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts nach Ardre in der Grafschaft Guisnes ergangen ist. Dieselbe gelangt zu dem Ergebnis, dass sich in Guisnes der Kläger ohne grâce

---

Datum der grace, soweit auf eine solche Bezug genommen wird. L'assise du bailliage de Senlis, Nouvelle Revue hist. 1891, S. 740 ff., nr. 4. 14. 117.

[1] Ein Beispiel die Ordonnanz vom 15. Mai 1315 zu Gunsten des Adels von Amiens und Vermandois, Ord. du Louvre I 561, Bataillard a. O. S. 415.

[2] Die lettre de grâce von 1409 oben S. 402, Anm. 1 gibt das Recht der Vertretung non obstant la coustume du pays à ce contraire.

vertreten lassen dürfe, motiviert aber diese Ausnahme von der Coutume générale de France durch den Umstand, dass die Grafschaft Guisnes damals zur Krone von England gehörte:

> Il est vray et chose notoire que vous êtes à Guisne du royaulme d'Angleterre qui n'est mie en plusieurs cas selon le royaulme de France ... Pour quoy vous povez et devez de droit et raison recevoir tant en demandant comme en deffendant par procuration ainsi et par la forme et manière que l'on fait en la court espirituelle en ce royaulme ...[1]

[342] Seit die lettres de grâce jedermann verliehen wurden, war ihre Bedeutung nur noch als eine rechtsgeschichtliche zu erklären. Diese beruhte eben darin, dass der alte formale Rechtsgang jede gerichtliche Stellvertretung ausgeschlossen hatte, weil diese Ausschliessung durch die ganze Struktur des Verfahrens gefordert wurde. Als das Prozessrecht den alten formalen Charakter abgestreift hatte, war das Bewusstsein dieses historischen Zusammenhangs vollständig verloren gegangen. Man suchte nach andern Gründen, um das Erfordernis der grâce zu erklären. Massgebend wurden dabei auf Jahrhunderte hinaus die etwas boshaften Bemerkungen Du Breuils, des Verfassers des Stilus parlamenti, welche bereits jene Superiorität zum Ausdruck bringen, womit in Frankreich das Standesbewusstsein der Advokaten auf die minder angesehenen Procureurs herabzusehen pflegte. Die Beschränkung der klägerischen Stellvertretung sei darin begründet, dass der Kläger, si sit bonus homo, sich schämen würde, eine schlechte Sache zu verfolgen, der Prokurator aber nicht, cum non constituatur de melioribus hominibus, ut in pluribus quam magis de facili laxant conscientias suas. Du Breuil fügt hinzu: audivi quod ista non est ratio, der Grund der Beschränkung liege vielmehr darin, dass durch die Anwesenheit der Parteien selbst der Gerichtshof mehr geehrt werde, ein Motiv, das namentlich bei dem Parlamente zuträfe, (quod) est sedes regni capitalis et omni honore digna. Der Grand Coutumier de France führt die Gründe des Stilus parlamenti mit etwas andern Worten aus. Den zweiten Gesichtspunkt

---

[1] Nach den bei den geistlichen Gerichten üblichen Formen. Le Livre des usages et anciennes Coutumes de la conté de Guysnes ed. Tailliar 1856, S. 119.

Du Breuils hat eine gelehrte Sage noch weiter ausgesponnen, welche der flandrische Jurist Damhouder in seiner Praxis rerum civilium c. 84 erwähnt. König Pippin habe im Jahre 757 bei der Stiftung des Parlamentes, auf dass der Adel nicht fern bleibe, mit Zustimmung der Grossen angeordnet, es solle jedermann seine Sache in eigener Person, ohne Prokurator führen.

Gegen das Ende des vierzehnten Jahrhunderts versuchten die [343] Procureurs von Paris, welche schon 1342 zu einer Innung zusammengetreten waren, durch eine ebenso einfache als einträgliche Manipulation das Erfordernis der lettres de grâce zu umgehen. Die Procureurs erhoben nämlich die Klage ohne lettres de grâce, auf Grund der Verabredung, dass die Kollegen, welche einen Beklagten zu vertreten hätten, die Einrede der mangelnden grâce nicht vorschützen sollten. Die sechs Sous, die für das Siegel der lettres de grâce an die königliche Kanzlei hätten bezahlt werden sollen, wurden den Parteien nichtsdestoweniger aufgerechnet und flossen in die Taschen der Procureurs. Um diesem Missbrauch zu steuern, der nur den Procureurs, nicht den Parteien zum Vorteil, dem König aber zum Schaden gereiche, gebot eine Verordnung Karls VI. vom 3. November 1400 dem Parlamente [1], diese Praxis zu verhindern und zu bestrafen und den Procureurs das eidliche Versprechen abzunehmen, que ilz garderont en ce et en tous autres cas nostre droit et cellui de nostre dicte audience. Aus gleichem Anlass erging im Jahre 1407 ein ähnlicher Befehl an den Prévôt von Paris, bezüglich der Rechtspflege des Châtelet [2]. Ein Gesuch der Procureurs um Aufhebung dieser Vorschriften wurde 1414 in sehr energischer Weise abgelehnt [3]. Andrerseits aber weigerte sich das Parlament, die Vertreter des Klägers, wie die königliche Kanzlei es wünschte, von Amts wegen zur Vorlegung der lettres de grâce anzuhalten, indem es sich auf die bestehende Gewohnheit berief, dass es Sache des Beklagten sei, den Mangel der grâce geltend zu machen [4].

---

[1] Ord. du Louvre VIII, 396.

[2] O. L. IX 260. Dass man auch anderwärts sich vielfach über das Erfordernis der lettres de grâce hinwegsetzte, folgert Tanon, L'ordre du procès civil au XIVe siècle, Nouv. Revue hist. 1885, S. 319 aus dem Register von Villeneuve-Saint-Georges, Rozière, Nouv. Revue hist. 1891, S. 722 aus dem Register von Senlis.

[3] Bataillard a. O. S. 194.

[4] Bataillard a. O. S. 194.

Nachdem noch 1453 die Ordonnanz von Montil-les-Tours in Art. 56 die Vorweisung der lettres de grâce eingeschärft hatte [1],
[344] sind sie endlich 1483 für entbehrlich erklärt worden. Als nach dem Tode Ludwigs XI. wegen der über die vormundschaftliche Regierung entstandenen Streitigkeiten die états généraux nach Tours berufen worden waren, stellten sie unter anderm folgenden Antrag:

> Semble ausdits états que ès causes civiles chacune partie tant en demandant comme en deffendant ès premières instances et ès causes d'appel doivent estre receues à plaider par procureur sans grace [2].

Der König willfahrte dieser Bitte der Reichsstände [3].

Franz' I. Ordonnanz von Saint Germain-en-Laye vom 13. Januar 1528 bestätigte die Entbehrlichkeit der lettres de grâce, indem sie in § 1 bestimmte, dass die Procureurs auf Grund einer Parteivollmacht prozessieren dürfen, sans qu'il soit besoin de requérir autre authorisation [4]. Die Praxis scheint sich mit dieser Neuerung nur allmählich abgefunden zu haben. In gewissen Ausnahmefällen wird der Gunstbrief noch als nötig angesehen [5]. Da die lettres de grâce nicht schlechtweg abgeschafft, sondern nur für entbehrlich erklärt worden waren, so mögen die Parteien sie mitunter zu vermeintlich grösserer Sicherheit auch noch fernerhin erwirkt haben. Eine Ausgabe des grand stille de la chancellerie de France von 1539 bringt noch Formularien von lettres de grâce [6]. Und noch die Nachträge, die sich in der Ausgabe der Practica
[345] forensis des Masuer von 1571 finden, liefern den Beweis, dass die Verkündigung des neuen Rechtssatzes im sechzehnten Jahrhundert mit einem tief eingewurzelten Unglauben zu kämpfen hatte [7].

---

[1] O. L. XIV, 284.

[2] Bataillard a. O. S. 470.

[3] Ueber die Zeit der Abschaffung des Erfordernisses der lettres de grâce herrschten früher widersprechende Ansichten. Es ist das Verdienst Bataillards, die Sache klar gestellt zu haben. Doch findet sich die richtige Zeitangabe bereits bei Damhouder, Praxis rerum civilium c. 84.

[4] Recueil général des anciennes lois franç. p. Isambert etc. XII 307.

[5] In Francia huiusmodi gratiis non utimur .. et sic in vanum laboraverunt qui aedificant eam, nisi in causa impedimenti et certis aliis casibus ... Additio zu Masuers Practica forensis, ed. von 1571, fol. 18, 13.

[6] Stein in seiner und Warnkönigs Franz. St.- u. R.-Gesch. III 477.

[7] Huiusmodi gratiis hodie non utimur ... et si mihi non vultis credere, operibus cancellarie et practicis credite. Pract. for. a. O.

2. Der Beklagte kann sich ohne Gunstbrief durch einen Anwalt vertreten lassen.

Beaumanoir IV, 2: Çascuns par le coustume de Biavoisis en soi deffendant pot envoier procureur[1].

Diese Regel tritt ausser Kraft, wenn die Prozesspartei die Rolle des Beklagten aufgibt, also nach coutumiärem Recht im Fall der Appellation. Denn im Gebiete des coutumiären Rechtes ist die „Appellation", anschliessend an die alte germanische Urteilschelte, eine Klage gegen den Richter, der das angefochtene Urteil gefällt hat[2]. Demgemäss bedarf der appellierende Beklagte einer lettre de grâce, um sich im Appellationsverfahren vertreten zu lassen.

Coutume de Bourgogne a. 101: se le procureur de l'appellant ne se fonde avant litiscontestacion de grace de plaidier par procureur, li appel est dessert, quia appellans est actor[3]. Grand Coutumier de France III, ch. 6: supposé que en la cause principalle il feust deffendeur, si est il demandeur en la cause d'appel et lui fault grace.

Die Thatsache, dass dem Angeklagten ein Anwalt gestattet war, dem Kläger aber nicht, dürfte sich aus dem in der Regel vorliegenden Interesse erklären, welches der Kläger selbst an der durch die Stellvertretung ermöglichten Einlassung des Beklagten hatte. Die ältesten Rechtsquellen, in welchen von einer Vertretung des Beklagten die Rede ist, statuieren nicht sowohl ein Recht als vielmehr eine Pflicht des Beklagten, sich in gewissen Fällen vertreten zu lassen. Wenn der Beklagte an langwierigem Siechtum [346] leidet, so kommen ihm zunächst reichlich bemessene Fristen zu statten. Allein bis zur Genesung des Gegners zu warten, mochte unter Umständen als eine Härte gegen den Kläger erscheinen[4]. Misslich war auch der Ausweg, den ein deutsches Landesrecht,

[1] Dasselbe sagen die übrigen oben S. 400 angeführten Stellen.

[2] H. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte S. 46.

[3] Bei Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen age II 286.

[4] Das älteste Recht hat davor nicht zurückgescheut, sondern liess in der That den Kläger warten, bis der kranke Gegner gesund wurde, ebenso wie er warten musste, bis der minderjährige Gegner mündig wurde. Vgl. Assises des bourgeois d'Antioche ch. 10 und ch. 2.

die steierische Landesordnung, ergriff, nämlich die Abhaltung des Gerichtes am Siechbette des Beklagten. Aeltere Coutumes machen es daher in solchem Falle dem Beklagten zur Pflicht, einen Vertreter, responsalis, defensor, zu schicken. So bestimmt die dem dreizehnten Jahrhundert angehörige Coutume von Anjou und Maine in c. 111, das Gericht solle an den Beklagten, der die zweite Essoine angemeldet hat, Boten senden, welche ihm den Kläger und den Klaggrund nennen, und ihn zur Bestellung eines Vertreters auffordern. Vous estes malade, so sollen die Boten sagen, de longue maladie, si vous esgarde l'en que vous devez mestre un autre en lou de vous, qui deffende, quant vous ne quenoissez (wenn Ihr die Klage nicht einräumt). Der Beklagte soll daraufhin seinen ältesten Sohn oder den nächsten Grunderben schicken[1].

[347] Wenn der Beklagte einen Vertreter stellen muss, cessieren natürlich die allgemeinen Grundsätze über die prozessualische Vertretung, weil, wie eine anglonormannische Rechtsquelle von diesem Falle sagt, hoc contingit ex vi iudicii[2], es cessiert also auch das Erfordernis der lettres de grâce. Dieses Erfordernis konnte aber in allen Fällen durch den Konsens der Parteien umgangen werden. Die Zulässigkeit der Vertretung war unter dieser Voraussetzung durch das Verhandlungsprinzip des Zivilprozesses von selbst gegeben. Dass auch der Kläger mit Zustimmung des Beklagten durch einen Procureur plädieren konnte, hat die Ausführung über die Ordonnanz von 1400 bereits ergeben[3]. Aber schon ältere Quellen sprechen diesen Satz auf das deutlichste aus.

---

[1] Beautemps-Beaupré, Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine (1877) I 130. Die Établissements de Saint Louis haben I, c. 106, Viollet II 183, die citierte Stelle aufgenommen und fügen hinzu, es sei ein autre commandement (Vollmacht) nicht nötig, wenn der Vertreter une persone conjointe sei. Dazu Viollet IV 81. — Vgl. noch De Fontaines IV, 24: et s'il nest gariz au chef de l'an et du jour (nach Jahr und Tag), lors le puet fère r'ajorner ses aversaires et lors primes est-il tenuz d'envoier home qui le défende. Beaumanoir IV, 1. Glanvilla I, 12, § 2; XI, 5, § 1. Bracton f. 361b. 363b. Privilegium Philipp Augusts für Tournai von 1187, c. 16 bei Tailliar, Recueil d'actes en langue romane wallone S. 489 ff. Der Beklagte, welcher extra villam wohnt, meldet echte Not an. Alius ei dies praefigetur et post illum diem tertius, ad quem vel eum vel pro eo responsalem venire oportebit.

[2] Glanvilla XI, 5, § 1.

[3] Siehe oben S. 407.

Olim I 426, nr. 13 vom Jahre 1254: Cum dominus U. constituisset procuratorem . . dictum fuit, quod, si pars adversa talem procuratorem vellet recipere, reciperet, sin autem, non tenebatur[1].

Usage d'Orlenois c. 7, Viollet Établiss. I 497: Selon l'usage de la cort laie nus procurators n'est receüz en cort laie, . . se ce n'est dou consentement des parties.

Während es nun aber in der Regel im Interesse des Beklagten liegt, den Prozess hinauszuschieben, geht der Wunsch des Klägers dahin, dass der Rechtsstreit baldigst sein Ende nehme[2]. Wenn der Beklagte in Verhinderungsfällen statt Essonien anzumelden einen Vertreter bestellte, so kam er damit nur dem Interesse des Klägers entgegen. [348] Da im Falle der rechtsförmlich bestellten Vertretung die Befriedigung des Klägers aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgte — denn die Stellvertretung wirkte unmittelbar —, so hatte der Kläger in der Regel wohl keinen Grund, die Zustimmung zur Vertretung des Beklagten zu verweigern. Während der Vertretung des Klägers die Schwierigkeit entgegenstand, den gegen den Beklagten geübten Einlassungszwang dahin auszudehnen, dass er nicht bloss demjenigen, der eine Rechtsverletzung behauptete, sondern auch dem dadurch nicht betroffenen Anwalt antworten müsse, war ein derartiges Hindernis bei der Vertretung des Beklagten nicht vorhanden. So dürfte sich denn erklären, dass im Gebiete des Stilus curiae Franciae das Prozessrecht von der Vertretungspflicht des Beklagten, in Fällen dauernden Siechtums, zu einer unbeschränkten Befugnis des Beklagten gelangte, durch einen gekorenen Anwalt zu antworten[3].

3. Der Anwalt kann nach dem Stilus curiae Franciae als procureur général bestellt werden.

Bouteiller unterscheidet drei Arten von procureurs, den

---

[1] Vgl. Olim I 833, 45, Arrêt von 1270 und Grand Coustumier de France III, 6, S. 433.

[2] Bracton f. 342: Petens presumitur desiderare potius instantiam litis, quam dilationem.

[3] Der Rechtssatz, dass der Beklagte einen Vertreter stellen dürfe, der Kläger aber nicht, findet sich auch anderwärts, so in der Brügger Keure von 1304, § 55: ende es te verstaene, dat over elcken mensche, die gheboden es te rechte te stane van pennincboten, dat man over hem staen mach, die scepenen kennen suffisant ter bote; maer hie en mach niet winnen. Gilliodt van Severen, Cout. de Bruges I 312.

procureur d'office, den Vertreter der öffentlichen Gewalt und Vorläufer des heutigen Staatsanwalts, den procureur aux negoces und den procureur à litige[1]. Im Gegensatz zum procurator omnium bonorum des römischen Rechtes kann nach Bouteiller der procureur aux negoces nur ein Spezialprokurator sein: En ce convient, que la procuration (die Vollmacht) contient le cas especial. Und anderwärts: La se desirent speciaulx commandemens. Anders dagegen sei der Prozessvertreter, der procureur à litige, gestellt,
[349] für welchen keine Spezialvollmacht nötig ist, sondern eine procuration générale genügt.

> Mais aux procurations qui sont à litige pour proceder en court partie contre autre, y fault la generalité de commune procuration qui contienne envers tous et contre tous.

Der Procureur muss sich mit einer schriftlichen Vollmacht legitimieren, welche die Klausel enthält, dass der Vollmachtgeber sein Vermögen zum Pfand setzt. Mit Rücksicht auf diese Obligation, so folgert Bouteiller, kann ein Anwalt in der Regel nur unter dem Siegel eines Gerichtes bestellt werden, vor welchem man sein Vermögen verpfänden kann. Eine Ausnahme besteht nach Bouteiller nur für denjenigen homme noble, qui eust seel congneu en court. Ein solcher kann unter eigenem Siegel einen procureur bestellen. Im ersten Falle erfolgt die Bestellung des Anwalts durch die vor Gericht abgegebene mündliche Erklärung, über welche dem procureur eine Gerichtsurkunde, eine notitia ausgefertigt wird, worin der Richter erklärt: que par devant moy est venu et comparé en propre personne tel, lequel . . a fait, constitué et estably et par la teneur de ces presentes lettres faict, constitue et establit, telz et telz ses procureurs generaux[2]. Im zweiten Falle wird der Anwalt durch Uebergabe der Privaturkunde bestellt, welche natürlich als charta stilisiert ist (je fais, constitue et establis etc.). Und die obligatio bonorum erfolgt durch die traditio chartae[3] an den Procureur, dessen Handlungen er genehm zu halten verspricht, zu Gunsten des unbestimmten Kreises von Per-

---

[1] Somme rurale I, 10, ed. 1611, S. 44 ff.

[2] A. O. S. 46.

[3] Sie findet im französischen Rechte dieser Zeit noch eine ausgedehnte Anwendung.

sonen, zu welchen der Procureur als Prozesspartei in Beziehung treten wird[1].

Durch das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht schliesst [350] nach Bouteiller die Coutume jede vollmachtlose Vertretung aus, selbst in jenem Umfang, in welchem sie das fremde Recht (l. 12 Cod. II, 13) ausnahmsweise gestattet[2].

Nach der Très ancienne Coutume de Bretagne konnte jedermann einen Procureur oder Alloué (allocatus) bestellen. Die Vollmacht war Generalvollmacht. Die Bestellung geschah entweder vor Richter oder Gericht, worüber eine gerichtliche notitia mit authentischem Siegel ausgestellt wurde oder durch eine von einer siegelfähigen Partei ausgestellte und ordnungsmässig gesiegelte Carta. Einer königlichen lettre de grâce bedurfte man nicht[3].

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass gemäss dem Stilus curiae Franciae der Kläger nach erfolgter Litiscontestation einen Vertreter ohne grâce bestellen konnte.

Stilus parlamenti c. 13 Item procurator actoris indifferenter admittitur in iudicio post litem contestatam[4].

Der Grundsatz ist dem fremden und zwar dem kanonischen Rechte entlehnt, welches den nach der Litiscontestation bestellten Vertreter nicht als eigentlichen Procurator, sondern als blossen Substituten betrachtet[5].

In der Zeit, da die Vertretung des Klägers nur in Verhinderungsfällen bewilligt wurde, suchten die Gerichtshöfe sich das Recht dieser Bewilligung beizulegen, ein Bestreben, welches jedoch keinen Erfolg hatte, da das Königtum und die königliche Kanzlei die den

[1] Tout ce qui sera dit et fait dou dit Jehan ... il tenra fermement sor l'obligation de tous ses biens. Beaumanoir IV, 4. — Si promet ledit constituant par foy et sur obligation de tous ses biens ... a avoir et tenir et valoir à tousiours ferme et stable tout ce que par ses dits procureurs ... sera faict, procuré et ordonné en toutes les causes ... et à payer le iugé ... Bouteiller (1611) S. 48.

[2] Mais en pays coutumier n'est point use selon ceste loy, car nul est receu en demandant ne en deffendant par procureur sans procuration.

[3] Très anc. Cout. de Bret. I, 85 ff. Cout. général IV 222.

[4] Druck von 1542 f. 25b. Vgl. Masuer, Practica forensis (1571) f. 19, Coutume de Bourgogne 158 bei Giraud, Essai II 294.

[5] Vgl. Bataillard S. 102.

lettres de grâce drohende Konkurrenz zu unterdrücken verstanden. Johannes Faber, ein Jurist des vierzehnten Jahrhunderts, sagt in seinem Institutionenkommentar, dass in allen weltlichen Gerichtshöfen, welche unter der Herrschaft der Coutume ständen, propter legitima impedimenta (actoris) iudex possit contra consuetudinem admittere procuratorem und zwar auf Grund der generalis clausula in l. 5, Inst. IV, 6 (de actionibus), welche von der Machtvollkommen-
[351] heit des römischen Prätors spricht, ex aequitate Actionen zu gewähren. Faber vergisst jedoch nicht, hinzuzufügen: scio tamen quod in multis curiis servatur contrarium[1]. Eine Bearbeitung der Coutume von Maine und Anjou von 1437 gibt dem Richter das Recht, der Partei in Fällen echter Not die Vertretung zu gestatten. Ein solcher Vertreter heisst procureur par non puissance[2]. Dass das Pariser Parlament im vierzehnten Jahrhundert es versuchte, die Theorie Fabers gelegentlich praktisch durchzuführen, ist durch vereinzelte Nachrichten beglaubigt. Nennenswerten Erfolg hatten diese Versuche nicht; es ist dem Parlamente nicht gelungen, einen ähnlichen Rechtszustand herbeizuführen, wie er z. B. nach der oben S. 399 erörterten Coutume von Ypern galt. Andrerseits hat es freilich das Parlament auch verschmäht, den Büttel der fiskalischen Interessen zu machen und von Amts wegen auf die Verlegung der lettres de grâce zu dringen, wenn die Parteien darüber hinwegsahen.

Nachdem das Erfordernis der lettres de grâce abgeschafft worden war, nahmen einzelne Coutumes den ausdrücklichen Vorbehalt auf, dass es im Ermessen des Richters stehe, persönliches Erscheinen der Parteien anzuordnen, so die Coutume der Auvergne von 1520, der Haute Marche von 1521[3].

3. Der Attornatus.

Der Attornatus, Atourné[4] tritt uns als ein besonderer Typus des prozessualischen Vertreters in den normannischen Rechtsquellen entgegen. Die Normandie hat ihn auch nach ihrer Vereinigung

---

[1] Jo. Faber, In IV instit. libros commentaria, rubr. de his, per quos agere possumus (ed. 1546) f. 130.

[2] Beautemps-Beaupré II 103.

[3] Bourdot de Richebourg, Cout. gén. IV 1161, ch. 4, § 2; IV 1103, ch. 4, § 28.

[4] Von altfranz. atorner. Diez, Etymol. WB. I s. v. torno.

mit der französischen Krone bewahrt, jedoch macht sich seit dem vierzehnten Jahrhundert ein allmähliches Eindringen der Coutume [352] générale de France bemerkbar. Wie zahlreiche andere Institute des normannischen Rechtes ist auch der Attornatus nach England verpflanzt worden, um daselbst eine in Details etwas abweichende Ausprägung zu erhalten. Unter normannischem Einfluss scheint er in die Coutume von Bayonne eingedrungen zu sein.

Der Attornatus kann nur für einen bereits begonnenen Rechtsstreit bestellt werden.

> Attornatus non potest fieri ab aliquo nisi ad causam motam. Assisiae Normannie v. 1236 [1].
>
> Et est assavoir que chascun fait attourné à querelle mue. Aelterer Style de Norm. ch. 13 [2].

Der Akt der Bestellung, die Attornatio, kann erst erfolgen, wenn der Kläger die Vorladung des Beklagten bewirkt hat, denn von diesem Momente ab gilt der Rechtsstreit als begonnen.

> La querelle est reputée mue, si tost que l'adjournement est fait. Aelt. Style de Norm. a. O. [3].

Damit stimmen die englischen Rechtsbücher des dreizehnten Jahrhunderts überein, welche das attournement nicht vor der Vorladung des Beklagten gestatten [4] und die Coutume von Bayonne

---

[1] Bei Warnkönig, Französ. Staats- und Rechtsgesch. II, UB. S. 52.

[2] In den Mém. de la soc. des antiquaires de Norm. XVIII 11. Ueber verwandte Grundsätze deutscher Landesrechte vgl. meine Beitr. zur Gesch. u. Dogmatik der Wertpapiere, Ztschr. f. Handelsr. XXIII 239. Die Glosse zur Somma de legibus consuetudinum Norm. ch. 65 sagt zwar: item l'en doit noter que l'en ne se peut fonder par attournee ou procuracion, se elle n'est passee depuis la querelle meue, soit en demandant ou en deffendant. Doch zeigt sich der beginnende Einfluss des Stilus curiae Franciae darin, dass die Glosse mitteilt, manche seien der Meinung, dass man als Beklagter sich par vertu de procuration generalle ou especialle auch durch einen vor Beginn des Rechtsstreites bestellten Vertreter verteidigen könne.

[3] Das ältere Recht scheint für die Attornatio ein noch späteres Stadium des Prozesses verlangt zu haben. Der Verfasser der Assissiae Norm. erwähnt ein Urteil des Echiquier von 1236, wonach die Attornatio im scaccarium nicht erfolgen kann ante terminum in curia assignatum, also nicht vor dem ersten Verhandlungstermin.

[4] Glanvilla äussert sich nicht. Bracton f. 334, Fleta S. 379, Britton II 359 sagt: nicht avant semounse ou qe autant vaille, nach der Vorladung oder nachdem der Kläger das zur Erhebung der Klage erforderliche Breve erwirkt hat.

aus der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts, nach welcher ein Atornat nur bestellt werden kann, quent lo pleyt es comensat[1].
[353] Ausgeschlossen ist dadurch die Bestellung eines Attornatus für einen zukünftigen Rechtsstreit. Bracton sagt gelegentlich, man bestelle den Attornatus mit den Worten: facio attornatum meum in loquela quae est coram tali. Würde aber jemand sagen: in loquela quae erit, so würde er damit keinen Attornatus bestellt haben[2]. Daher kann denn auch der Beklagte, welcher einen Attornatus bestellt hat, die Thatsache der erfolgten Vorladung nicht bestreiten, weil die Gültigkeit der Attornatio die vorausgegangene Vorladung (summonitio) voraussetzt.

Der Attornatus kann daher nur ad hoc bestellt werden; er hat stets nur Spezialvollmacht; er kann nicht etwa als Generalbevollmächtigter in allen Prozessen seines Vollmachtgebers fungieren.

> Nec debet audiri nisi in querela, de qua est attornatus[3].

Der Attornatus ist der normannischen Rechtsbildung nicht ausschliesslich eigen. Wir finden das Wort in Frankreich, abgesehen von der Coutume von Bayonne, auch ausserhalb der Normandie[4], wir finden die Sache in deutschen Rechten und in französischen Coutumes, so in den Coutumes von Ponthieu und Vimeu:

[354] Par devant che que li plais est commenchiez des principaus personnes, ne peut on estaulir procureur[5];

eine Erscheinung, die uns berechtigen dürfte, die geschichtliche Wurzel des Attornatus im fränkischen Rechte zu suchen.

Dem Attornatus wird die Prozessführung nicht schlechtweg übertragen, er erlangt kein dominium litis, wie der römisch-kano-

---

[1] Balasque, Études historiques sur la ville de Bayonne I (1869), S. 662, ch. 109, § 4.

[2] Britton II 357: der Attornatus kann nur bestellt werden en parole qe est, nicht en parole qe serra. Der Myrror of justice II, sect. 31 fügt hinzu: auch nicht en paroll qui fuist. Das heisst: wenn ein Rechtsstreit aus dem Gerichte, in welches er ursprünglich gewiesen worden war, an ein höheres Gericht gezogen wird, so kann in letzterem der Attorney nicht bestellt werden mit den Worten: ich mache den N. zum Attornatus für den Prozess, welchen ich bisher in dem Untergerichte führte. Vgl. Britton I. 359. 360.

[3] Somma de leg. consuet. Norm. c. 65. Ueber die Ausnahme, welche das jüngere englische Recht im Generalattorney statuierte, wird unten besonders gehandelt werden.

[4] Bataillard a. O. S. 158, Anm. 1.

[5] Marnier, Cout. de Picardie S. 109.

nistische Prokurator, sondern er wird nur in bedingter Weise mit der Vertretung betraut, nämlich nur für den Fall, dass der Dominus nicht selbst vor Gericht anwesend ist. Steht dieser in eigener Person vor Gericht, so darf der Attornatus mit keinem Worte gehört werden.

Et l'attourne ne doit de rien estre ouy, tant comme cil soit present, qui l'attourna[1].

Dadurch unterscheidet sich der Attornatus sehr augenfällig vom Prolocutor, dessen Thätigkeit die Anwesenheit der im Worte vertretenen Partei notwendig voraussetzt. Da der Attornatus nur zum Vertreter des abwesenden Dominus bestellt ist, so kann der letztere den Prozess in jedem Stadium durch sein blosses Erscheinen vor Gericht übernehmen, ohne dass ein Widerruf der erteilten Vollmacht, eine Deattornatio erforderlich wäre[2].

Nach normannischem Rechte ist die bedingte Vollmacht des Attornatus unwiderruflich. Der Dominus kann nicht etwa statt des einmal bestellten Attornatus einen andern bestellen, es müsste denn jener freiwillig zurücktreten.

Attornatus non potest mutari nisi volens et consentiens. [355]
Assissiae Norm. a. O. S. 52[3].

Nach den anglonormannischen Quellen kann der Attornatus von seinem Herrn beliebig amoviert werden[4].

[1] Grand Cout. de Norm. (franz. Text der Somma) ch. 65. Glanvilla XI, 3, § 2: ita intelligitur quilibet alium loco suo ponere scilicet si ipsemet interesse non possit. Bracton f. 342: et quamvis quis attornatum fecerit, in persona propria sequi poterit, cum voluerit vel possit. Auf die bedingte Vollmacht des Attornatus nimmt selbst die Fassung der Urteile Rücksicht, so wenn es z. B. heisst, es sei etwas zu erweisen par le serement le (du) pleintif ou par loial informatioun de soun attourne, se le pleintif ne soit my present. Liber albus ed. Riley in den Munimenta Gildhallae Londoniensis (Sript. rer. Brit.) I 211.

[2] Select civil Pleas ed. W. Paley Baildon 1890, I 56, nr. 143, a. 1203: L. venit et dixit quod ipsa per se vult sequi loquelam suam in propria persona. Vgl. nr. 140. 141.

[3] Urteil des Echiquier de Norm. von 1239: iudicatum est quod J. de Estoutevilla non potuit deattornare attornatum suum, quem fecerat coram Johanne de Vineis in baillivia Caleti, nec faceret alium ibidem super querela quam habebat in baillivia Pontis Audomari versus Galterum de Bosvilla militem et est in misericordia pro deattornatione. Delisle, Recueil de jugem. de l'éch. S. 149, nr. 671.

[4] Glanvilla XI, 3, § 2, eine Stelle, welche sich in einzelnen Worten

Andrerseits ist der Attornatus wenigstens nach älterem Rechte nicht befugt, seine Vollmacht einem andern zu übertragen, sich etwa einen subattornatus zu substituieren.

Attornatus non potest facere attornatum. Assisiae Norm. a. O. Vgl. Glanvilla XI, 5, 3, wo die Frage aufgeworfen, aber nicht beantwortet wird.

Der Attornatus ist Vertreter der Partei in Bezug auf die einzelnen prozessualischen Handlungen, welche er in ihrer Abwesenheit vornimmt. Seine Handlung gilt als Handlung des Attornans. Nicht selten sind Wendungen wie folgende:

Et predictus Willelmus ... per Thomam attornatum venit et defendit vim et iniuriam [1].

[356] Kurz, das Vertretungsverhältnis ist nicht ein mittelbares, sondern ein unmittelbares, wie in unserem modernsten Verkehrsrecht.

Was die Voraussetzungen betrifft, unter welchen ein Attornatus bestellt werden konnte, so müssen wegen des verschiedenen Entwickelungsganges das normannische Recht und das anglonormannische einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden.

Die Attornatio in der Normandie.

Ein Attornatus konnte ursprünglich nur in der curia ducis bestellt werden. Die Quellen des dreizehnten Jahrhunderts beschränken die Attornatio übereinstimmend auf die Recordgerichte. Sämtliche Recordgerichte sind aber aus der curia ducis hervorgegangen, erscheinen als Emanationen derselben. Recordgerichte

---

an Cod. Iust. II, 22, l. 22 anschliesst. Rotuli curiae regis ed. Palgrave I 344: Godefridus de s. Martino ponit loco suo Fremundum clericum versus abbatissam de Wilton de placito terre ad lucrandum vel perdendum. Et ipse posuerat antea Petrum de Stane et eum modo deposuit. Vgl. a. O. S. 352.

[1] Liber albus I 300. Vergleiche, welche durch einen Vertreter abgeschlossen werden, sind direkt auf den Namen des dominus gestellt. Z. B. Madox, Glossar. Anglicanum nr. 364: finalis concordia facta in curia regis ... inter Thomam de Preston per Alexandrum Walensem positum loco suo ad lucrandum vel perdendum et Radulphum abbatem Westmonasterii deforciantem de advocatione ecclesiae de Perham; scilicet quod praedictus Thomas recognovit advocationem praedictae ecclesiae esse ius ipsius abbatis ... et eam remisit et quietam clamavit de se et heredibus suis eidem abbati ... in perpetuum. Und das Beispiel einer finalis concordia bei Glanvilla VIII, 2.

sind der Échiquier, ein aus dem Herzogsgerichte durch Ernennung ständiger Beisitzer erwachsener Gerichtshof, und sind die Assisen, welche wie die missatischen Placita der fränkischen Zeit als Gerichtskommissionen des obersten Reichsgerichtes erscheinen. Der Record, das unanfechtbare Gerichtszeugnis, war im fränkischen Reiche und ebenso in der Normandie ein Vorrecht der curia regis, resp. ducis [1] gewesen. Weil die Attornatio in gleicher Weise beschränkt war, so erklären die Quellen ihre Zulässigkeit für ein Merkmal der Recordgerichte; nur diese seien dafür kompetent, weil in andern Gerichten die Bestellung eines Attornatus, wenn sie hinterher bestritten wird, nicht durch Record festgestellt werden könne. Erst im Jahre 1288 wurde in der Normandie die Zulässigkeit der Attornatio für Notfälle auf die von den Vicecomites und deren Stellvertretern abgehaltenen Gerichte ausgedehnt [2].

Die Attornatio kann nur in der Weise erfolgen, dass erstens [357] der Vollmachtgeber (attornans), zweitens sein Prozessgegner und drittens derjenige, der zum Attornatus bestellt werden soll, vor Gericht gegenwärtig sind. Ausdrücklich wird die Attornatio in Abwesenheit des Gegners als ein Missbrauch bezeichnet [3], und zwar mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Gegner des Attornans nicht in der Lage ist, die in seiner Abwesenheit erfolgte Attornatio, wenn sie hinterher bestritten wird, durch Record zu beweisen. Der Record ist ihm nämlich deshalb unzugänglich, weil er nicht weiss, welche Gerichtspersonen zugegen waren, als die Attornatio geschah, und sie daher nicht zum Record aufrufen kann [4]. Ein prozessualischer Sieg über den Attornatus wäre somit ergebnislos, weil der Vertretene, wenn es zur Exekution käme, die stattgefundene Attornatio ohne die Gefahr einer Ueberführung ableugnen könnte.

Eine Ausnahme von dem Verbote der attornatio in absentia

---

[1] H. Brunner, Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde S. 149 ff.

[2] Ordinatum fuit, quod eo modo, quo fiunt attornaciones in Normannia in assisiis, fient de cetero, quando opus fuerit, coram vicecomitibus Normanniae aut coram portantibus sigilla vicecomitatuum ubicumque invenientur. Olim II 277, nr. 8.

[3] Somma c. 65. Dieser Grundsatz des normannischen Rechtes hat, wie sich unten ergeben wird, für die englischen Recordgerichte nicht gegolten.

[4] Der normannische Record ist Dingmannenzeugnis. Er wird nicht durch das Gericht als solches erbracht, sondern es ist Sache des Beweisführers, die Dingzeugen auszuwählen. H. Brunner, Gerichtszeugnis S. 139.

adversarii bildet die Attornatio, welche vor der Person des Königs selbst vorgenommen wurde, die attornatio coram domino rege. Der Grund dieser Ausnahme besteht nach dem Grand Coutumier der Normandie in dem Rechtssatz, dass des Königs alleiniges Zeugnis genügender Record ist.

Durch einen Arrêt des Pariser Parlamentes von 1294 wurde das Erfordernis, dass derjenige, der zum Attornatus bestellt werden soll, bei der Attornatio zugegen sei, für die Normandie beseitigt.

[358] Ordinatum fuit in isto parlamento quod in Normannia absens posset institui attornatus [1].

Unbekannt war dem älteren normannischen Rechte die Bestellung eines Attornatus durch schriftliche Vollmacht. Ein Assisenurteil von 1236 gestattet sie nur grossen Baronen und auch diesen nur kraft eines königlichen Gunstbriefes [2]. Ohne Beschränkung auf den magnus baro wird die attornatio per regis litteras patentes von der Somma de legibus cons. Norm. zugelassen.

Per litteras etiam patentes domini regis lectas in assisia recordationem habente praesente parte adversa potest attornatus fieri, cum ex hac attornatione possit recordatio haberi. Somma c. 65.

Es darf diese Attornatio nicht mit der oben erwähnten attornatio coram rege verwechselt werden. Denn letztere erfordert die Anwesenheit des Attornans vor dem König, erstere nicht.

Ein besonderes Vorrecht hatte der Erzbischof von Rouen, nämlich die Befugnis, durch seinen offenen Brief Prozessvertreter in seinen Rechtshändeln zu bestellen. Im Jahre 1272 erwirkte er dieses Recht zunächst für Patronatsstreitigkeiten, in welchen er die Rolle des Beklagten hatte [3]. Sieben Jahre später behauptete er, dieses Privilegium in allen innerhalb der Normandie anhängigen Prozessen zu haben. Das Pariser Parlament, welches über diesen Anspruch zu entscheiden hatte, fällte 1279 das Urteil: quod sine gracia sibi facta a rege non poterat per suas literas facere attor-

---

[1] Du Cange-Henschel, Gloss. I 473a.

[2] Attornatus non potest fieri per litteras nisi magnus baro hoc faciat de voluntate regis et per litteras ipsius regis. Assis. Norm. a. O. S. 52.

[3] Dominus rex ex gracia speciali concessit dicto archiepiscopo Odoni, quod in causa patronatus possit se per attornatum defendere ut petebat cum suis litteris patentibus, licet hoc sit contra consuetudinem terre. Olim I 918, nr. 86.

natum[1]. Bald darauf beschritt der Erzbischof den durch diese [359] Entscheidung angedeuteten Weg, indem er bat:

> quod domino regi placeret, quod idem archiepiscopus posset facere attornatum per suas litteras in omnibus causis agendo et defendendo, quamdiu voluntati domini regis placeret.

Der König willfahrte dieser Bitte usque ad sue beneplacitum voluntatis[2].

Die jüngeren normannischen Rechtsquellen lassen deutlich erkennen, wie dem einheimischen Attornatus an dem französischen Procureur ein Konkurrent erwuchs. Eine Rechtsquelle aus dem Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts, der ältere Style de proceder, nennt zwei Arten von Prozessvertretern, den Attourné, welcher für einen bestimmten Prozess oder für mehrere in der Vollmacht bezeichnete Prozesse bestellt ist, und den Procureur, welcher Generalvollmacht besitzt[3]. Um nach erhobener Klage einen Attourné zu bestellen, bedarf es keiner grâce du roy. Um aber für eine noch nicht anhängige Sache einen Vertreter zu gewinnen, sei es nun einen Attourné oder einen Procureur, bedarf sowohl der Kläger als auch der Beklagte einer lettre de grâce. Diese wird sonach in allen Fällen als notwendig betrachtet, in welchen nicht schon das ältere normannische Recht — wie es vorhin dargestellt worden — die Attornatio gestattete. Als eine Besonderheit ist hervorzuheben, dass eine königliche lettre de grâce nach dem älteren Style nur dann das Recht gibt, sich im Échiquier vertreten zu lassen, wenn der Échiquier in der lettre de grâce ausdrücklich genannt ist[4].

---

[1] Olim II 138, nr. 25.

[2] Olim II 141, nr. 1.

[3] La difference d'entre procureur et attourné sy est: car l'attourné ne sert fors en la cause ou causes specificées en l'attournée et nommées ... Et procureur si sert générallement à toutes causes meuez ou à mouvoir comme en France. Style etc. ch. XIV in Mémoires ... de Normandie XVIII 11.

[4] Die allgemeine Formel der lettres de grâce, dass man sich devant tous juges vertreten lassen dürfe, wurde also nicht für genügend gehalten. In der That nennen manche lettres de grâce vom Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts — die auch für die Normandie berechneten — neben dem Pariser Parlament und den übrigen Gerichten ausdrücklich den Échiquier. Grâce von 1405: coram omnibus iudicibus tam parlamenti et scaccarii quam aliis. Bataillard a. O. S. 446. Dessen Vermutung, dass unter dem scaccarium die

[360] Die Glosse zur Somma entwickelt die Lehre von der Prozessvertretung zunächst im Anschluss an den Text der Somma, sucht sich aber im übrigen nach besten Kräften mit den Neuerungen abzufinden, die seit Abfassung der Somma im normannischen Rechte eingetreten waren. Als solche Neuerungen erscheinen:

1. Der Rechtssatz, dass man auch ausserhalb des Échiquier und der Assisen einen Attourné bestellen könne. Er wurde durch die oben erwähnte Verordnung von 1288 eingeführt; die Glosse aber begründet ihn als par l'usage notoirement gardé.

2. Der Rechtssatz, dass ein Attornatus auch in Abwesenheit des Gegners (durch schriftliche Vollmacht) bestellt werden könne. Der entgegenstehende Satz der Somma gelte nur für den Fall, dass man die Attornatio durch Record beweisen wolle, dagegen nicht für die Attornationen, qui seroient verifiées par lettres. Die Somma habe nur den Fall des Records ins Auge gefasst, weil man sich damals noch nicht so häufig wie jetzt der Urkunden bedient habe.

3. Die Kontroverse, ob der Beklagte zur Attornatio vor erhobenem Rechtsstreit einer lettre de grâce bedürfe[1]. Der Glossator betrachtet die Ansicht derjenigen, welche dem Stilus curiae Franciae gemäss den Gunstbrief für entbehrlich halten, als la plus vraye opinion.

Die reformierte Coutume der Normandie von 1583 hat den ganzen Abschnitt der Somma, welcher von den Attournés handelt, [361] unterdrückt. Bei den Beratungen über die Redaktion der neuen Coutume, welchen die Somma zu Grunde gelegt wurde, fiel cap. 65 „d'attournés" unter jene Kapitel des alten Rechtsbuches, welche, wie der procès verbal der reformierten Coutume sagt, für abrogez comme inutils erklärt wurden[2].

Die Attornatio in England.

Das englische Recht hat auch in der Lehre von der Anwaltschaft seine Wurzeln im normannischen Rechte[3]. Dem angel-

---

chambre de comptes zu verstehen sei, bedarf keiner Widerlegung. Vgl. die grâce von 1409 bei Bataillard S. 451.

[1] Vgl. oben S. 415, Anm. 2.

[2] Bourdot de Richebourg, Coutumier général IV 122.

[3] Ueber den anglonormannischen Attornatus handeln Reeves, History of the English Law (ed. Finlason) I 217, II 80. 187. 191. 799 ff., Phillips,

sächsischen Rechte ist der Attornatus sowohl dem Namen als der Sache nach unbekannt. Inwieweit das angelsächsische Recht eine gerichtliche Vertretung gestattete, lässt sich nicht klarstellen, bezeichnend ist es aber, dass das selten vorkommende Wort forspeca, forspreca nicht wie unser Vorsprecher eine auf die Vertretung im Worte beschränkte Hilfsperson, sondern einen Bevollmächtigten oder einen Vormund bedeutet [1], welcher sein eigenes Wort spricht, eine Erscheinung, die darauf hinweist, dass das angelsächsische Recht den Beruf des Vorsprechers und den des Anwalts nicht wie das anglonormannische [2] als unvereinbar betrachtete.

Die Attornatio konnte nach anglonormannischem Rechte laut [369]
den Rechtsbüchern, die das Verfahren der curia regis darstellen, entweder gerichtlich oder aussergerichtlich vorgenommen werden. Die aussergerichtliche war nur vor der Person des Königs statthaft, abgesehen von einer die Vertretungspflicht der Beklagten betreffenden Ausnahme, die vorläufig ausser Betracht bleiben mag. Die gerichtliche Attornatio, welche die Regel bildete, wurde in der Zeit Glanvillas und Bractons nur in der curia regis zugelassen. Da nun das Recht des Records auf die curia regis beschränkt war — nulla curia recordum habet generaliter preter curiam domini regis [3] —, so war die gerichtliche Attornatio in England ebenso wie in der Normandie auf die Recordgerichte beschränkt. Und da ja auch das normannische Recht eine aussergerichtliche attornatio coram rege kennt, so stimmt das ältere anglonormannische Recht mit dem normannischen in der Art der Beschränkung der Attornatio vollständig überein.

Der Zusammenhang, welcher zwischen dem Rechte des Records und der Zulassung der Attornatio obwaltet — er tritt, wie sich noch zeigen wird, in jüngeren englischen Quellen deutlich zu

---

Engl. Rechtsgesch. II 118, Coke, Inst. I 128a. 516, II 249; Blackstone, Comment. III 25, Stephen, Comment. 7. ed. II 271; Spence, The equitable jurisdiction of the court of Chancery I 370, Stephen, Treatise on the principles of pleading in civil actions (7. ed.) S. 404, Pearce, History of the inns of court and chancery 1848, S. 16, Rüttimann, Engl. Civilprozess S. 56.

[1] Vgl. Sohm, Das Recht der Eheschliessung 1875, S. 72, Anm. 38 und die dort angeführten Belege.

[2] Liber albus ed. Riley I 570: que (nul countour) ne soit attourne ... ne que attourne ne soit countour. Liber custumarum S. 281.

[3] Glanvilla VIII, 8, § 2.

Tage —, berechtigt uns anzunehmen, dass auch in den ersten Anfängen der anglonormannischen Periode die Kompetenz, zu recordieren, und die Kompetenz, eine Attornatio zuzulassen, sich gegenseitig deckten. Da nun unter Wilhelm I. ein Record nur erst in dem Gerichte, in welchem der König in Person zugegen war, zulässig gewesen ist[1], so kann damals auch die gerichtliche Attornatio nur in dem unter persönlichem Vorsitz des Königs stattfindenden Gerichte möglich gewesen sein.

Nach Glanvilla pflegte die Attornatio coram iusticiis regis in banco residentibus stattzufinden[2]. Persönliche Gegenwart des Königs
[363] ist dabei ebensowenig erforderlich als bei der Recordatio des Königsgerichtes. Die Zulassung eines Attornatus mag ursprünglich eine besondere Vergünstigung des Königs gewesen sein. Zu Glanvillas Zeit ist sie es nicht mehr; sondern jedermann kann im Königsgerichte einen Attornatus bestellen, sofern dies in dem betreffenden Rechtsstreite überhaupt gestattet ist. So viel wir sehen können, war die Attornatio kostenfrei; es mussten nicht etwa, wie das sonst so vielfach vorkommt, besondere Gebühren dafür an das Schatzamt bezahlt werden. Nicht erforderlich war für die Attornatio im englischen Königsgericht, weil dieses den König repräsentierte, die Anwesenheit des Gegners[3]. In der Normandie dagegen, wo durch die politischen Verhältnisse der innige Zusammenhang zwischen dem Échiquier (der curia ducis) und der Person des Herzogs abhanden gekommen war, wurde die attornatio in absentia adversarii nur vor des Königs eigener Person

---

[1] Leges Willelmi Conquestoris I, 24 bei Schmid, Gesetze der Angelsachsen S. 338.

[2] Glanvilla XI, 1. 1.

[3] Aehnlich war die Entwicklung bei den prozessualischen Writs, welche im Namen des Königs ausgestellt wurden, ohne dass im einzelnen Fall ein Urkundungsbefehl des Königs an die Kanzlei erging. Jedermann konnte sie erlangen, und ihre Ausstellung war schliesslich nur Geschäftssache der in der Kanzlei beschäftigten Clerks. Nichtsdestoweniger erscheint das Breve als ein praeceptum regis. In voller Schärfe tritt die Sondergewalt des Königs bezüglich der Attornatio noch in einer Quelle vom Anfang des vierzehnten Jahrhunderts hervor. Mirrour of justices (übersetzt von Hughes 1830) V, sect. 1, nr. 102, S. 225: it is an abuse to receive an attorney, where no power so to do is given by writ out of the chancery; V, sect. 5, S. 258: note, that none but the king can receive attornies in the kings court . . . without original writs. Vgl. V, sect. 1, nr. 29, S. 217.

gestattet[1]. Notwendig ist, dass derjenige, qui alium loco suo ponit, [364]
zur Attornatio erscheint. Der zu bestellende Vertreter kann nach Glanvilla abwesend sein, wenn er eine dem Gerichte bekannte Persönlichkeit ist. Eine Quelle aus der Zeit Eduards I. kennt diesen etwas patriarchalischen Ausnahmefall nicht mehr, sondern verlangt schlechtweg die Anwesenheit des Attornandus[2].

Will jemand sich in einem Rechtsstreit vertreten lassen, welcher nicht im Königsgerichte, sondern in alia curia verhandelt werden soll, so nimmt er die Attornatio vor dem König oder vor den Richtern des Königsgerichtes vor und erhält ein Breve des Königs, welches die coram rege vel iusticiis suis erfolgte Attornatio bezeugt und den Vicecomes anweist, den bestellten Attornatus als Vertreter des Vollmachtgebers in der näher bezeichneten Streitsache anzunehmen[3]. Bei Glanvilla heisst dieses Writ breve de recipiendo responsalem und lautet:

> Rex vicecomiti (vel alii presidenti curie ille) salutem. Scias quod N. posuit coram me vel iusticiis meis R. loco suo ad lucrandum vel perdendum pro eo in placito illo, quod est inter eum et R (W) de una carrucata terre in illa villa vel de aliqua re nominata. Et ideo tibi precipio, quod predictum R. loco ipsius N. in placito illo [365]
> recipias ad lucrandum vel perdendum pro eo[4].

Das Statutum Walliae von 1284 nennt es breve de attornato und gibt ihm folgende Fassung:

---

[1] Vgl. oben S. 419 f. Nach den englischen Einrichtungen war dem Abwesenden die Möglichkeit geboten, den Record zu erbringen, da die Attornatio in den Gerichtsprotokollen inrotuliert wurde. Vgl. den Rechtsfall in Bractons Note Book nr. 1266: postea inventum est in rotulis, quod idem G. fecit predictum A. et quosdam alios attornatos suos ... Auch war der mündliche Record in England leichter durchzuführen, da der Beweisführer nicht alle einzelnen Gedenkleute zu bezeichnen brauchte. Vgl. Glanvilla VIII, 5, § 4.

[2] Die Abhandlung Fet assavoir, welche das Verfahren der curia regis betrifft und einen üblichen Anhang der Ausgaben der Fleta bildet, stellt den Satz auf: qil convient qil soit meismes en present (der Attornans) et son attorne autresint. Fleta (1685) S. 447.

[3] Unrichtig ist die Ansicht, welche einzelne englische Juristen, so Pearce a. O. vertreten, dass in allen Fällen ein königliches Breve nötig gewesen sei. Wurde der Attornatus im Königsgerichte bestellt, um daselbst zu prozessieren, so war ein Breve nicht erforderlich.

[4] Glanvilla XI, 2.

Rex vicecomiti salutem. Sciatis quod A. attornavit coram nobis R. et C. ad lucrandum vel perdendum in loquela, que est coram vobis per breve nostrum inter ipsum A. petentem et D. tenentem de uno mesnagio in N. et ideo vobis mandamus, quod predictos R. et C. . . loco ipsius A. ad hoc recipiatis[1].

Nach der Praxis der curia regis wurde über die daselbst erfolgte Attornatio ein schriftlicher Vermerk in das Gerichtsprotokoll eingetragen. Die Attornatio wurde, um das Gerichtszeugnis über dieselbe zu erleichtern, inrotuliert. Schon die ältesten Protokolle der curia regis, die uns überliefert sind, die rotuli curiae regis aus der Zeit Richards I. und Johanns, enthalten zahlreiche derartige Eintragungen. Sie haben die typische Form:

Petrus filius Henrici ponit loco suo Nicholaum de Wokendun. versus Rogerum del Estre de placito debiti ad lucrandum vel perdendum[2].

Oder um ein rechtsgeschichtlich interessantes Beispiel von 1194 zu wählen:

Thomas de Arden. et Radulfus filius Roberti ponunt loco suo magistrum Willelmum de Lecton. versus Will. de Aubevill. et Matillidem uxorem eius ad lucrandum vel perdendum de particione hereditatis Rannulfi de Glanvilla[3].

Eine im Bancum erfolgte Attornatio zum Zweck der Prozessführung im Grafschaftsgerichte bezeugt die Inrotulierung:

[366] Adam filius Liuing. ponit loco suo Matildem uxorem suam versus Jordanum filium Uri et Nicholaum filium suum de placito terre in Farnb. quod est in comitatu[4].

Beachtenswert ist die in den Brevia und in den Rotuli regelmässig wiederkehrende Formel ad lucrandum vel perdendum. Sie entspricht der Formel auf Gewinn und Verlust, mit welcher nach deutschem Rechte der Prozessvertreter bestellt wurde[5], und soll ausdrücken, dass der Vertreter nicht bloss für eine einzelne

---

[1] Stat. Wall. (12 Ed. I.) c. 6, Statutes of the Realm I 61.

[2] Roturi curiae regis, rolls and records of the court held before the kings justiciars etc. ed. Palgrave I 2.

[3] Rotuli I 24. Glanvilla starb 1190.

[4] Rotuli I 307.

[5] Vgl. Franklin, Das Reichshofgericht II 170 ff.

prozessualische Handlung, sondern ohne Beschränkung für alle prozessualischen Handlungen bestellt wird, welche eine Partei in ihrer Sache vornehmen kann, dass der Attornans alle Handlungen des Vertreters als eigene Handlungen gelten lassen will, mögen sie ihm nun günstig oder ungünstig sein. Dass der gedachten Formel die Beziehung auf die Gesamtheit der möglichen prozessualischen Handlungen zu Grunde liegt, erhellt aus Eintragungen über beschränkte Vertretungsvollmachten. Der Attornatus wird mitunter bestellt, um sich eine Urkunde begeben zu lassen,

Robertus ponit loco suo Johannem ad c(h)irographum suum recipiendum [1]

oder um die Urteilsverkündigung, die Abgabe eines Records, die Durchführung einer Recognitio, die Festsetzung eines Termins entgegenzunehmen, ad audiendum iudicium suum, ad audiendum recordum, ad recognitionem recipiendam, ad audiendum diem [2]. Im Gegensatz zu dieser Attornatio für eine einzelne oder für mehrere einzelne prozessualische Handlungen bezeichnet die Formel ad lucrandum vel perdendum die Vollmacht zur unbeschränkten prozessualischen Disposition über das streitige Recht. Die Bestellung eines procurator in rem suam ist damit nicht gemeint [3] und ebensowenig die Uebertragung eines dominium litis, vielmehr ist es ge- [367]
rade die Negation dieses Begriffes, die unmittelbare Wirkung des Vertretungsverhältnisses bezüglich jeder einzelnen prozessualischen Handlung, welche jene Formel nötig machte.

Neben der Attornatio im Königsgerichte finden wir eine solche, welche ausserhalb des Gerichtes vor der Person des Königs vorgenommen wurde und somit in der Form vollständig mit der normannischen attornatio coram rege übereinstimmt. Sie kann sowohl für Prozesse stattfinden, die in der curia regis, als auch für solche, die in alia qualibet curia durchzuführen sind. In beiden Fällen bedarf es eines Breve. Für die Prozessführung des Attornatus ausserhalb des Königsgerichtes genügt das Formular des Statutum Walliae, da das coram nobis zwar das Bancum, aber jedenfalls auch die Person des Königs bedeuten kann. Das Breve für den coram

[1] Rotuli I 18.
[2] Rotuli I 7. 25. 75. 95.
[3] Eine solche lautet beispielsweise: G. filius G. ponit loco suo J. filium R. versus Gil. .. de placito XL acrarum terre in H. ad lucrandum vel perdendum et concedit ei totum ius suum, quod habet in predicta terra. Rotuli I 42.

rege attornierten Vertreter, welcher im Bancum prozessieren soll, ist uns in einer kleinen Abhandlung aus der Zeit Eduards I., welche nach ihren Anfangsworten Fet assavoir citiert wird, in seinem Wortlaute überliefert.

Et se il fet attorne hors de court, dunk avera il un tiel bref: Sociis et amicis suis C. P. iusticiariis domini regis de banco salutem. Sciatis quod W. de N. coram nobis attornavit loco suo A. vel B. ad lucrandum vel per-
[368] dendum in loquela ista coram vobis inter W. petentem et B. tenentem de tanto terre cum pertinentiis in N. Et ideo vobis mandamus quod praedictos A. et B. admittatis [1].

Von dieser attornatio coram rege ipso hat sich später, da der Kanzler als Vertreter des Königs eintreten konnte, eine gleichwertige attornatio coram cancellario abgezweigt. Andrerseits ist die Attornatio auch vor den iusticiarii itinerantes für Prozesse in ihren Assisen, welche ja nur als eine Emanation der curia regis erscheinen, zugelassen worden [2].

Abweichende Grundsätze gelten für die Vertretung des an dauerndem Siechtum leidenden Beklagten. Für diesen erscheint ein Vertreter, der genau genommen nicht Attornatus ist und sich in einen solchen erst infolge einer eigenartigen Attornatio verwandelt. In den rotuli des dreizehnten Jahrhunderts und bei Bracton heisst er responsalis [3].

Leidet der Beklagte an dauerndem Siechtum, so muss er einen responsalis schicken, der für ihn antworte. Nach Glanvilla soll dieser responsalis entweder eine dem Beklagten nahe verbundene

---

[1] Fleta S. 447.

[2] Rotuli curiae regis ed. Palgrave I 165. 178. 195 und öfter.

[3] Glanvilla nennt den Prozessvertreter schlechtweg, auch den des Klägers responsalis, ein Ausdruck, der darauf zurückschliessen lässt, dass die curia regis die Attornatio zuerst zu Gunsten des Beklagten zu gestatten pflegte. Die älteren rotuli bezeichnen den Vertreter als loco positus, indem sie den Namen des Vertretenen hinzufügen. Attornatus scheint erst seit Beginn des dreizehnten Jahrhunderts technisch geworden zu sein. Responsalis wird noch für den attornatus des Beklagten schlechtweg gebraucht oder etwa technisch nur für einen solchen Vertreter des Beklagten, der nicht attornatus ist. Die Unterscheidung erhellt aus Bracton f. 360b: aut comparet petens per se ipsum vel per attornatum vel per essoniatorem et tenens aut comparet per se ipsum vel per responsalem, cum per se venire non possit.

Person (persona coniuncta) oder durch schriftliche Vollmacht legitimiert sein[1]. Diese Ausnahme von den sonstigen Rechtssätzen über die Bestellung des Prozessvertreters erklärt sich daraus, dass es sich nicht um einen freiwillig, sondern um einen „vi iudicii" bestellten Vertreter handelt. In anderer Weise behandelt den responsalis die königsgerichtliche Praxis des dreizehnten Jahrhunderts. Sie sieht von dem Erfordernis der coniuncta persona oder der schriftlichen Legitimation ab. Wenn aber jemand als responsalis eines Siechen erschienen ist und geantwortet hat, so werden auf Grund eines königlichen breve vier legales milites zu dem Beklagten gesendet, um zu vernehmen, ob er jenen in der That als responsalis abgeschickt habe, ob er ferner dessen Antwort genehmige und endlich, si velit eum attornare ... ad lucrandum et perdendum. Ueber die Aeusserung des Beklagten müssen die vier milites vor Gericht ihr Zeugnis ablegen. Wenn sie eine zustimmende gewesen, so ist der responsalis zum attornatus geworden, „attornatus per breve domini regis per quatuor milites"[2].

Abgesehen von dem Falle echter Not pflegte der König einzelnen Personen, z. B. Aebten, Aebtissinnen, durch besonderes breve das Recht zu gewähren, dass sie vor vier zu ihnen gesendeten milites einen Attornatus bestellen, der für sie antworte[3].

Eine Besonderheit weist hinsichtlich der Vertretung der Prozess wegen frischer Entwerung, nova dissaisina, auf, indem bei diesem statt des Beklagten auch dessen Gutsvogt, baillivus, zu erscheinen und zu antworten berechtigt war. Der Grund dieser Ausnahme beruht in der Wortfassung des breve de nova dissaisina, welches in England (nicht in der Normandie) den Vicecomes auffordert: Et pone per vadium et salvos plegios predictum R. (den Beklagten) vel baillivum suum, si ipse non fuerit inventus, quod ... sit ibi auditurus illam recognitionem. Wie das Verfahren wegen nova dissaisina überhaupt ein summarisches ist, so ist auch zum Zweck schleuniger Erledigung des Besitzstreites in dem Breve auf den Fall einer Vertretung des Beklagten Rücksicht genommen. Der Bailli des streitigen Grundstücks erscheint

[1] Glanvilla I, 12, § 2; XI, 5, § 1.

[2] Bractons Note Book nr. 651. 764. 1088. 1546. Bracton f. 361b.

[3] Bractons Note Book nr. 113. 395. 1310: milites missi per preceptum domini regis per breve suum ad dominam reginam (zur Mutter des Königs) ad audiendum, quos ipsa attornare vellet loco suo ... versus A.

aber hier durchaus nicht als ein normaler Attornatus [1]. Er muss erscheinen, auch wenn ihn sein Herr nicht bevollmächtigt hat, er ist andrerseits nicht befugt, die stattgefundene Entwerung einzu-
[369] räumen oder einen Vergleich zu schliessen [2]. Weil das Breve bei Abwesenheit des Beklagten ausdrücklich das Erscheinen des Bailli verlangte, so folgerte die Praxis mit strikter Wortinterpretation, dass der Beklagte sich bei Klagen wegen frischer Entwerung schlechterdings nicht durch einen Attornatus im technischen Sinne dürfe vertreten lassen, selbst unter jenen Voraussetzungen nicht, unter welchen sonst die Attornatio statthaft war. Erst das Statut von York, 12. Ed. II, c. 1 von 1318 erlaubte die Bestellung eines technischen Attornatus, unbeschadet des Rechtes, sich in älterer Weise durch den Gutsverwalter vertreten zu lassen [3].

Dass die Attornatio nach älterem Rechte auch bei gewissen andern Klagen absolut ausgeschlossen war, ergibt sich aus einem Rechtsfall vom Jahre 1219 [4] und aus einer Bestimmung des Statuts von Glocester, 6. Ed. I, von 1278. Jener lässt ersehen, dass in dem placitum homagii ein Attornatus des Klägers (der gegen den Beklagten die Lehnsherrlichkeit beansprucht) nicht zugelassen wurde. Dieses ordnet in c. 8 als eine Neuerung an, dass die Attornatio in

---

[1] Bracton nennt diesen baillivus, der seinen Herrn gegen die Klage wegen frischer Entwerung vertritt, zum Unterschied vom Attornatus einen responsalis und sagt: Est .. differentia magna inter responsalem et attornatum. Bracton f. 212, Fleta 226. Responsalis bedeutet also bei Bracton und in der Fleta etwas anderes als bei Glanvilla.

[2] Bracton f. 212b. Dagegen sagt dieselbe Rechtsquelle vom Attornatus f. 342a: attornatus fere in omnibus personam domini representat. Fere dico propter essonium de malo lecti. Die Essonien sind nach stattgefundener Attornatio nur in der Person des Attornatus begründet. Doch kann der Attornatus nicht dauerndes Siechtum geltend machen, wie der dominus es könnte, wenn er ohne Vertreter prozessieren würde. Vgl. Coke, Instit. II 394.

[3] Statutes of the Realm I 177: Pur diverses meschefs qe unt estez de ceo que les tenantz en assises de novele disseisine ne poient avant ces houres fere atorne, accorde est que les tenantz en brefs de novele disseisine desore puissent fere attornez. Merkwürdigerweise sagt aber schon Britton, seiner Zeit vorauseilend, I 305: qe en ceste assise et en nule autre pura chescun disseisour par ly mesmes respoundre ou par attourné ou par baillif.

[4] Bractons Note Book ed. Maitland nr. 41 und Bractons Randbemerkung dazu.

plees de trespas[1] über 40 Sh. Wert und bei Klagen wegen batery, plaies und maihemes[2], wenn sie ohne Appell, also nicht als Kri- [370] minalklagen erhoben werden, fürderhin statthaft sein soll. Eine Erleichterung in den Voraussetzungen der Attornatio wurde hiermit bei diesen Klagen nicht eingeführt, sie wurde vielmehr überhaupt erst in der Weise möglich gemacht, wie sie bis dahin in andern Streitsachen zulässig gewesen war.

Eine besondere Beschränkung der Attornatio kannte das Stadtrecht von London. Nach einem Londoner Weistum von 1221 durfte ein Auswärtiger, der einen Bürger von London in der Stadt belangte, auf keine Weise einen Attornatus stellen, quia sic posset quemlibet civem iuste et iniuste gravare et indifferenter vexare. Ein Auswärtiger, der in London ein Grundstück besass, konnte, wenn er um dasselbe belangt ward, per breve domini regis einen Attorney bestellen, eine Bestimmung, aus der man folgern muss, dass auswärtige Beklagte in einem andern als in dem gedachten Falle trotz eines etwaigen breve regis vor den Stadtgerichten nicht durch einen Attornatus gegen Londoner Bürger prozessieren konnten[3].

Eine angebliche Neuerung des Statuts von Merton von 1240, dass jedem freien Manne die Attornatio in den Grafschaftsgerichten und in andern Untergerichten beliebig gestattet sein solle, erweist sich bei näherer Besichtigung als ein Irrtum eines neueren englischen Juristen[4]. Denn c. 10 jenes Statuts erlaubt nicht die [371]

---

[1] Das Common Law kennt eine action of trespass vi et armis wegen unmittelbaren Angriffs gegen eines anderen Person oder Vermögen und eine action of trespass upon the case, eine sehr ausgedehnte subsidiäre Klagform, welche namentlich für das Schuldrecht von Bedeutung ist. Blackstone nennt sie Co. III 122 an universal remedy given for all personal wrongs and injuries without force.

[2] plaies = plagae; maihemes Verwundung.

[3] Liber albus I 63: Quaestiones itineris (5 Hen. III). Qualiter admittendus est attornatus in Hustengo? Responsio: sciendum est quod si quis forinsecus manens extra civitatem et terram teneat in civitate et implicitatus fuerit de tenemento suo per breve domini regis, bene poterit facere attornatum suum per breve domini regis et erit admissus. Sed si aliquis forinsecus voluerit aliquem de civitate implicitare, non poterit facere attornatum suum aliquo modo, quia sic posset quemlibet civem . . . gravare . .

[4] Stephen glaubt nämlich in seiner modernisierten und ergänzten Ausgabe Blackstones letzteren korrigieren zu müssen, indem er gegen Blackstone, der die erweiterte Zulässigkeit der Anwaltschaft vom zweiten

Vertretung von Prozessparteien, sondern nur die hier nicht weiter in Betracht kommende Vertretung der Dingpflichtigen, nicht die Attornatio von seiten eines Klägers oder eines Beklagten, sondern nur die Attornatio von seiten der zur Gerichtsfolge Verpflichteten, der suitors oder sectatores bezüglich der Dingpflicht.

Vor dem Jahre 1285 konnte der Attornatus im allgemeinen nur als Spezialprokurator für einen bereits erhobenen Rechtsstreit bestellt werden[1]. Schon die Fassung des breve de attornato schloss die Bestellung eines Generalattorneys aus. Eine Aenderung führte das cap. 10 des zweiten Westminsterstatuts herbei. Eduard I. gestattete nämlich de gratia speciali, dass Grundbesitzer, welche in verschiedenen Grafschaften Grundstücke besitzen, vor jeglichem Richter einen attornatus generalis ernennen dürfen, der sie vor den reisenden Richtern, so lange die Session dauert, in omnibus placitis motis vel movendis vertreten möge. Die gratia specialis beruht dem älteren Rechte gegenüber darin, dass erstens vor jedem Ge-

---

Westminsterstatut ab datiert, auf das Statut von Merton, 20 Hen. III, c. 10 als auf ein älteres Statut verweist, welches die Attornatio bereits in umfassendster Weise ausgedehnt habe. Allein der Wortlaut des citierten c. 10: quod quilibet liber homo qui sectam debet ad comitatum, trithingum, hundredum et wapentachium vel ad curiam domini sui, libere possit facere attornatum suum ad sectas illas faciendas lässt erkennen, dass das mehrdeutige Wort secta hier als Gerichtspflicht zu verstehen sei, welche sonst die persönliche Teilnahme der Dingpflichtigen, suitors, an den Gerichtsversammlungen erheischte und nunmehr durch Ersatzmänner ausgeübt werden darf. Vgl. Stat. Westminster II, c. 33, das breve bei Bigelow, Placita anglonorm. S. 206 v. J. 1159 und das bei Maitland, Manorial Courts S. 79, wo auf das Statut von Merton Bezug genommen wird. Ebenso fasst der mirrour of justices das Stat. Merton auf, V, sect. 2, S. 243: the point of making attornies in suits at hundreds is to be understood in this manner: that although a suitor by this statute may make an attorney for him to save his default, yet non can give judgment by attorney; nor is a woman named in this statute, because that no judgment is to be given by a woman. Stephen hat also in dieser Materie den Text Blackstones nicht verbessert.

[1] Auf besonderem Privilegium oder auf örtlichem Sonderrecht muss es beruhen, dass i. J. 1258 ein attornatus generalis des Abtes von Ramsay erscheint. Select Pleas in Manorial Courts ed. Maitland I 57: J. dicit quod non debeat dicto Warino respondere eo quod dictus Warinus nunquam factus fuit attornatus in presencia partium, vgl. unten S. 436. Et curia dicit, quod ipsa exceptio nulla est, quia dictus Warinus est generalis attornatus domini abbatis in hundredis et comitatibus et in omnibus curiis in comitatibus Cantebrigie et Huntingdonie.

richte attorniert werden kann, und zweitens darin, dass ein General-attorney bestellt werden darf. Damit war zum erstenmale grundsätzlich mit der Anschauung gebrochen worden, dass die Zulassung der Attornatio der königlichen Gewalt vorbehalten sei, und ebenso mit der Beschränkung, dass nur ein Vertreter ad hoc konstituiert [372] werden dürfe.

Diese Erleichterungen blieben zunächst auf die im Westminsterstatute selbst bezeichneten Ausnahmefälle beschränkt. Ein statutum de finibus et attornatis[1] unbestimmter Entstehungszeit, welches ohne Grund als Stat. 15 Ed. II bezeichnet wird und vermutlich älter ist, verbietet allen Justitiaren, Attornationen in Streitsachen zuzulassen, welche nicht vor ihnen selbst als vor den kompetenten Richtern angebracht sind. Es wird ihnen ferner eingeschärft, die Annahme von Attorneys nicht ihren Clerks und Unterbeamten zu überlassen. Aufrecht erhalten wird dagegen das herkömmliche Recht, welches der Kanzler und der Chief Justice in attornatis recipiendis besassen.

Namhaft erweitert ist das Recht der Attornatio in dem bald nach 1290 entstandenen Rechtsbuche Brittons[2], welcher in dieser Materie von den Ausführungen Bractons und der Fleta vollkommen unabhängig ist. Britton unterscheidet Generalattorneys und Spezialattorneys. Die ersteren können nur durch offenen Brief des Königs, welchen der König oder dessen Kanzler gewährt, und ausserdem vor den reisenden Richtern en pleine court bestellt werden. Der durch Königsbrief konstituierte General-attorney kann darin auch das Recht erhalten, sich einen andern Attorney zu substituieren, welche Befugnis die von den reisenden Richtern kreierten Generalattorneys nicht erwerben können. Especial attournez können nicht bloss vor dem König, vor dem königlichen Kanzler und vor demjenigen, den der König durch sein Breve dazu autorisiert, sondern vor jedem Richter zugelassen werden, falls es sich um Prozesse handelt, die durch königliches Writ eingeleitet worden sind. Dagegen können jene Gerichte, welche nicht Recordgerichte sind, in andern als in Fällen [373] des Writprozesses Attorneys nur auf Grund eines königlichen breve de attornato zulassen.

---

[1] Statutes of the Realm I 215.
[2] Britton ed. Nichols II 356—361 (VI, 10).

Et ou la parole est mue sauntz bref, ne purra nule tele court de seutors porter record de attourné et pur ceo ne deit nul attourné estre receu en tel court sauntz noster bref for qe par la, ou le plee est meu par bref[1].

Wie in der normannischen Jurisprudenz tritt auch bei Britton der enge Zusammenhang zwischen dem Rechte des Records und der Zulassung der Attornatio auf das deutlichste hervor. Die recordlosen Gerichte haben nur ausnahmsweise das Recht des Records[2], nämlich soweit es ihnen durch Rechtssatz für gewisse prozessualische Akte oder durch königliche Verfügung ad hoc verliehen ist. Während nun nach den älteren Rechtsbüchern die Grafschaftsgerichte des Records entbehren, geht Britton von der Auffassung aus, dass der Vicecomes in Streitsachen, welche auf Grund eines königlichen Writ vor ihn gelangen, als iusticiarius regis gelte und als solcher die Vollmacht des Records besitze[3]. Daraus ergab sich die Konsequenz, dass der Vicecomes in Writprozessen ohne ein besonderes breve de attornato eine Attornatio zulassen dürfe. Britton geht aber in letzterer Beziehung noch einen Schritt weiter, indem er in Writprozessen die Attornatio vor allen Richtern, quels il soint, viscountes ou autres hommes fraunes, gestattet. Die Sache liegt dann thatsächlich so, als ob das Breve, welches den Prozess an das Untergericht bringt, neben dem Namen des Klägers und dem des Beklagten die Worte enthielte: vel quem coram vobis attornaverit. Es ist nicht unmöglich, dass wir es bei Britton in dieser Materie nicht durchweg mit geltenden Rechtssätzen, sondern teilweise nur mit einem legislativen Projekte zu
[374] thun haben[4]; wenigstens treten uns in der Zeit nach Britton einzelne Satzungen und Urteile entgegen, mit welchen sich die

[1] Das erste Mal ist im Schlusssatze unter dem bref das breve de attornato, das zweitemal ein breve originale, ein den Prozess einleitendes Breve zu verstehen.

[2] Glanvilla VIII, 8, § 7. H. Brunner, Das Gerichtszeugnis S. 150, Entstehung der Schwurgerichte S. 191.

[3] Britton I 4. 136 und die Anmerkung von Nichols S. 136. Vgl. I 403: et en chose qe touche le bref, qe (le viscounte) porte record.

[4] Brittons unvollendetes Werk — es bricht mitten in dem Kapitel von den Attorneys ab — verdankt seine Entstehung einem Plane Eduards I. das englische Recht nach Art der Institutionen zu kodifizieren.

unbedingte praktische Geltung der von Britton über die Attornatio ausgeführten Sätze nicht leicht vereinigen lässt [1].

Richter einzelner Ortsgerichte hatten Befugnisse, welche noch weiter gingen, als sie Britton jeglichem Richter gewährt. So hatten nach dem der Zeit Edwards I. angehörigen domesday von Ipswich [2] die Oberbaillis daselbst das Recht, dass vor ihnen Attorneys bestellt werden konnten sowohl vom Kläger als vom Beklagten, und zwar für jeden Rechtsstreit, der vor ihnen, sei es nun mit oder ohne Writ, anhängig geworden ist. Die Attornatio kann sowohl in Anwesenheit als auch in Abwesenheit des Prozessgegners, sowohl vor Gericht als ausserhalb des Gerichts geschehen. Sie haben ferner das Recht, die vor ihnen erfolgte Attornatio zu recordieren [3]. Ist Kläger oder Beklagter durch echte Not verhindert, einen Termin wahrzunehmen, so genügt es, wenn der Oberbailli einen seiner Unterbaillis oder eine andre geeignete Person zu dem Verhinderten schickt, um die Bestellung eines Attorneys entgegenzunehmen.

Der Mirrour of justices, eine Quelle aus dem Anfang des [375]
vierzehnten Jahrhunderts, welche nur mit Vorsicht benutzt werden kann, enthält einzelne Aussprüche, die für die Geschichte der englischen Anwaltschaft ohne Belang sind, weil sie sich gegenseitig widersprechen oder Sätze des älteren Rechtes in nicht oder doch nicht mehr zutreffender Weise generalisieren [4]. Bemerkenswert ist

[1] Die jüngere Praxis negiert den Record der county courts in einzelnen Writprozessen. Siehe Nichols in seiner Ausgabe Brittons I 136, Anm. r. Britton gestattet die Attornatio dem Besitzer, gegen welchen aus dem breve de nova dissaisina geklagt worden ist, obwohl sie erst durch das Statut von York mit Aufhebung des entgegenstehenden Rechtssatzes erlaubt wurde. Siehe oben S. 430, Anm. 3.

[2] Travers Twiss, The black book of the admiralty II 134, c. 49.

[3] Ein analoges Vorrecht hatten die Aldermänner von London. Liber albus I 222: item chascun alderman de Loundres poet par usage recorder attournez en plees pendantz en courtz des viscountz et aillours en hustenge et en la chambre.

[4] Mirrour V, 1, nr. 138: it is abuse to answer or appear by attorney. Dagegen V, 1, nr. 104: it is abuse that none can make an attorney in personal actions, where corporal punishement is to be awarded. Der Verfasser des Mirrour scheint in V, 1 verschiedene Klagen über Verletzungen der Magna Charta, die ihm zur Kenntnis kamen, tumultuarisch und ohne kritische Sichtung zusammengehäuft zu haben. Für die ersten vier Bücher des Mirrour citiere ich den französischen Text bei Houard, Traités sur les Cout.

dagegen eine Mitteilung, welche mit dem normannischen Rechte übereinstimmt.

> Ne nul poit resceiver attorney après paroll attainée fors que le Roy ou autre garrant par especial brefe, si non en presence des parties [1].

Danach ist in den volksrechtlichen Gerichten die Attornatio, soweit sie überhaupt gestattet war, nur in Gegenwart des Prozessgegners möglich [2], wogegen sie in den Recordgerichten auch in Abwesenheit desselben erfolgen konnte. In der Normandie war, wie wir oben gesehen haben, die attornatio in absentia adversarii nur vor des Königs eigener Person erlaubt, dagegen nicht im Échiquier und in den Assisen.

Der entscheidende Bruch mit den anglonormannischen Beschränkungen der Attornatio erfolgte durch Statut 15 Hen. VI, 1436—1437. Die Geschichte dieser Neuerung ist in kurzem folgende.

Eine provisorische Verordnung 4 Hen. V von 1415—1416
[376] gewährte den Aebten, Prioren und Religiosen bestimmter Bezirke das Recht, en chascune manere de plee de dette et trespas sich in den Gerichten ihrer Hundertschaften durch Generalattorneys vertreten zu lassen, welche sie schriftlich unter dem Siegel ihrer Kirche bestellen können. Diese Verordnung sollte nur bis zum nächsten Parlamente Kraft haben. Veranlasst wurde sie durch den Umstand, dass die Seneschalls und Baillis der betreffenden Gerichte die von den Geistlichen bestellten Attorneys nicht annehmen wollten [3].

Ein Cirkular Heinrichs V. vom folgenden Jahre, welches an die Vicecomites gerichtet ist, erklärt, dass bis zum nächsten Parlament alle Unterthanen, sowohl geistliche als weltliche, an den

---

anglonormandes IV; für das fünfte Buch, welches bei Houard fehlt, steht mir nur die engl. Uebersetzung von Hughes zu Gebot.

[1] Mirrour II, sect. 31.

[2] Die Angabe des Mirrour wird für das dreizehnte Jahrhundert in überraschender Weise bestätigt durch die Einrede in dem Rechtsfall Manorial Courts I 57 oben S. 432, Anm. 1: quod W. nunquam factus fuit attornatus in presentia partium, welche von der Kurie nur deshalb zurückgewiesen wird, weil W. nicht Spezialattorney, sondern attornatus generalis ist. Dieselbe Regel lässt sich aus dem Sonderrechte der Oberbaillis von Ipswich erschliessen.

[3] Stat. of the Realm II 192.

Gerichten der Hundertschaften und an den curiae baronum des ganzen Reiches in quocunque placito debiti, transgressionis seu alterius contractus cuiuscunque moto seu movendo sollen Attorneys bestellen dürfen [1].

Ein Statut 9 Henry VI, c. 10 erneuerte die provisorische Verordnung 4 Henry V für so lange, als es dem König gefiele. Die Uebelstände, welche letztere hervorgerufen, hätten sich, da sie nur für ein Jahr erlassen worden, wieder eingestellt. Nach wie vor hätten die Seneschalls und Baillis verlangt, dass die Aebte, Prioren und Religiosen in Person vor ihnen erschienen, und ihre Attorneys zurückgewiesen [2]. Daher die Erneuerung jener älteren Verordnung ohne zeitliche Beschränkung.

Eine endgültige Regelung der Attornatio brachte in umfassender Weise cap. 7 des Statuts 15 Henry VI, von 1436—1437. Es wiederholt zunächst die Bestimmungen der provisorischen Verordnung 4 Henr. V, indem es sie ohne Zeitbeschränkung auf alle Prozesse — chascune manere de plee — ausdehnt. Dazu kommt aber der wichtige Zusatz, dass auch alle in jene Verordnung nicht [377] inbegriffenen Aebte, Prioren und Religiosen, sowie alle weltlichen Personen in jedem Hundert und Wapentak Generalattorneys bestellen dürfen, und zwar die Geistlichen unter dem Siegel ihrer Kirche, die Weltlichen unter ihrem eigenen Siegel. Die Dauer dieser Bestimmung ist unbeschränkt (tant come y plerra au roy [3]). Während im älteren Recht der Attorney in der Regel nur ein Spezialanwalt sein durfte, kann er jetzt von jedermann als Generalattorney und somit vor erhobenem Rechtsstreit bestellt werden. Die Attornatio ist nicht mehr notwendigerweise ein gerichtlicher Akt, der das persönliche Erscheinen der Partei vor Gericht erheischt. Denn der Anwalt kann durch gesiegelte schriftliche Vollmacht bestellt werden. Da unser Statut nur veranlasst ist, diese Neuerungen für die Untergerichte vorzuschreiben und Reformen gewöhnlich zuerst in den Recordgerichten ausgebildet worden waren, ehe sie auf jene ausgedehnt wurden, so ist es wahrscheinlich, dass schon vorher in den Recordgerichten die Bestellung von Generalattorneys durch schriftliche Vollmacht üblich geworden

---

[1] Statutes of the Realm II 200.
[2] Statutes of the Realm II 268.
[3] Statutes of the Realm II 300.

war. Wie dem auch sei, die Geschichte des altenglischen Attorney können wir füglich mit dem Statut 15 Henry VI. abschliessen, welches somit für England eine ähnliche Bedeutung hat wie die Ordonnanz von Tours von 1483 für Frankreich, sofern sie mit den mittelalterlichen Beschränkungen der Anwaltbestellung gebrochen hat. Auch in Deutschland erscheint das fünfzehnte Jahrhundert im allgemeinen als der Wendepunkt in der Geschichte der gerichtlichen Stellvertretung. Auch hier wie in England und Frankreich verlangte und erreichte an der Schwelle der Neuzeit das steigende Verkehrsleben die Beseitigung unbequem gewordener Beschränkungen der gerichtlichen Anwaltschaft.

Noch später als in den Gerichten des common law brach sich die Stellvertretung in der Court of Chancery Bahn, wo man
[378] die Anwesenheit beider Parteien als wesentlich betrachtete, damit sie dem Gerichte alle verlangten Informationen geben und examiniert werden könnten. Noch ein Kanzler aus der Zeit Eduards IV. erklärte die persönliche Anwesenheit der Parteien für eine Forderung des Naturrechts [1]. Auf die Details der Entwicklung ist hier nicht einzugehen, weil sie dem hier behandelten Zeitraume nicht mehr angehört. Für die Vertreter an den Billigkeitsgerichten wurde die Bezeichnung solicitors [2] üblich. Den Procurator des römisch kanonistischen Verfahrens bezeichnet der Ausdruck proctor. Durch die Judicature Act von 1873 wurde bestimmt, dass alle Solicitors, Attorneys und Proctors jener Gerichte, deren Jurisdiction auf das neu geschaffene oberste Reichsgericht übertragen wurde, Solicitors of the supreme court genannt werden sollen.

Der Atornat der Coutume von Bayonne.

Nahe Verwandtschaft mit dem Attornatus des normannischen und anglonormannischen Rechtes zeigt der Atornat, der uns in den costumes von Bayonne entgegentritt, welche in der zweiten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts (1273?) auf Grund eines umfangreichen Weistums aufgezeichnet worden sind [3]. Das Recht von

[1] Spence, The equitable iurisdiction I 370.

[2] Ueber solliciteurs in Frankreich, vgl. Bataillard a. O. S. 223 f.

[3] Anciennes Coutumes de Bayonne ch. 109, § 4 bei Balasque, Études historiques sur la ville de Bayonne II 661. Vgl. ch. 103, § 10, II 649.

Bayonne unterscheidet den Procurador und den Atornat. Unter jenem dürfte ein durch generelle Vollmacht bestellter Prozessvertreter gemeint sein. Gewisse Körperschaften, nämlich Stadtgemeinden, Kirchenkapitel und Ordenskonvente, können als Kläger und als Beklagte durch einen Prokurator oder Syndikus vertreten werden. Jede andre Partei darf nach begonnenem Rechtsstreit für den Fall ihrer Abwesenheit von Bayonne einen Atornat bestellen (lachar atornat en son loc). Die Vollmacht dauert nur so lange, bis der Vertreter wieder nach Bayonne zurückgekehrt ist [1]. Mit dem Tode des Vertretenen ist die atornance erloschen. Die Bestellung erfolgt vor dem Maire und in Anwesenheit des Prozessgegners, der zu diesem Zwecke vorzuladen ist. Ausnahmsweise gilt auch eine andre Form der Bestellung. Wenn nämlich der Prozessgegner ausbleibt oder sich der Vorladung entzieht, soll ihm der Maire einen Sergent ins Haus schicken. Hier teilt der Sergent ihm oder, wenn er ihn nicht antrifft, den Leuten des Hauses mit, dass die Partei den NN. als Atornat bestelle in dem Rechtsstreit, den sie habe gegen den, der da wohnt in diesem Hause.

Durch eine Satzung vom Jahre 1365 wurde in Bayonne die Neuerung eingeführt, dass jedermann sich durch einen Procurador vertreten lassen dürfe, ausgenommen in Kriminalsachen und in Streitigkeiten über Grundbesitz [2].

Der Grundsatz, dass ein Prozessvertreter nur für einen bestimmten Rechtsstreit und erst nach dessen Beginn bestellt werden dürfe, ist dem Stilus curiae Franciae ebenso fremd wie dem droit écrit, das die Bestellung des Procurator gemäss dem römisch-kanonischen Rechte gestattet. Dagegen kennt ihn das normannische und das ältere englische Recht. Ebenso haben wir das Erfordernis der Anwesenheit des Prozessgegners in der Normandie und ausserhalb der Curia regis auch in England gefunden. Diese Uebereinstimmung und ebenso der Umstand, dass das Wort atornat für den Prozessvertreter in Südfrankreich meines Wissens sonst nicht

[1] Nach dem Rechte von Leyden kann jemand, der auswärts zu thun hat, einen anderen zum Vogt bestellen; allein die Vogtei soll nicht länger Macht haben als bis zum zweiten Tage nach der Rückkehr desjenigen, der die Vogtei übergeben hat. Keurboek von 1450. Keurboeken der stad Leiden ed. Hamaker S. 202 (III, 36).

[2] Livre des établissements de Bayonne 1892, S. 206.

nachgewiesen werden kann, legen den Gedanken nahe, dass der Atornat vor Bayonne dem Einflusse des normannischen Rechtes entstamme. Bayonne stand zur Zeit der Abfassung seiner Coutume seit vielen Jahren unter anglonormannischer Herrschaft. Heinrich II., damals Herzog der Normandie, dann König von England, war bekanntlich 1152 Herzog von Aquitanien geworden. Ein altertümlicher Zug der Coutume von Bayonne ist die Beschränkung der Attornatio auf den Fall der Abwesenheit. Vermutlich ist die normannische Institution schon im zwölften Jahrhundert in Bayonne eingedrungen.

Zwar nicht das Wort atornat, aber den Satz, dass der Prozessvertreter vor dem Richter und in Gegenwart des Prozessgegners für einen bestimmten Rechtsstreit zu bestellen sei, überliefern die gleichfalls in der Zeit englischer Herrschaft entstandenen Usages et Costumes von Oleron [1].

Schlussbemerkungen.

Im coutumiären Frankreich, in der Normandie und in England erscheint die königliche Gewalt als der Ausgangspunkt für die Ausbildung der Anwaltschaft. Entweder gestattet der König, dass vor ihm einer bestimmten Person die Vertretung übertragen werde. Der König selbst ist es, der den Vertreter zulässt, eine Prärogative, welche auf das Königsgericht als solches, auf die iusticiarii locum regis tenentes überging. Oder aber zweitens der König gibt einem Unterthan das Privilegium, einen Vertreter zu bestellen, ohne dass die Bestellung vor dem König oder seinen Organen zu erfolgen braucht. Die Person des Anwalts ist in der vom König erteilten Vergünstigung noch völlig unbestimmt. Die Erteilung der Vollmacht ist nur Sache der privilegierten Partei
[379] und nicht etwa, wie im ersten Falle, ein Rechtsgeschäft, welches nur vor dem König oder im Königsgericht in rechtswirksamer Weise geschlossen werden kann. Den ersteren Weg ging die Entwicklung des normannischen und des englischen Rechtes, den letzteren ging das französische System der lettres de grâce [2]. Dort

[1] Travers Twiss, The black book of the Admiralty II 285.

[2] Die den französischen lettres de grâce entsprechende Vergünstigung wurde in England im Wege der Gesetzgebung erteilt. So erhielt ein der-

bekundet das Breve, soweit ein solches erforderlich ist, die erfolgte Attornatio, so dass es einer besonderen Vollmacht von seiten der Prozesspartei nicht erst bedarf. Hier dagegen wird der Procureur, weil ja die lettre de grâce der Anwaltbestellung vorausgeht, erst durch eine schriftliche procuration des Klienten bestellt. In der Normandie und im älteren englischen Rechte finden sich nur Spezialanwälte. Die lettre de grâce gibt das Recht, Generalprokuratoren zu bestellen.

Anknüpfungspunkte enthält schon das fränkische Recht der merowingischen Zeit. Im Jahre 667 erteilte König Chlothar III. dem Abte Waldalenus von Beze die Befugnis sich in Rechtssachen seines Klosters durch den inluster vir Gengulfus vertreten zu lassen.

> .. petiit a nobis, ut inluster vir Gengulfus omnes causas ipsius monasterii ad prosequendum et redintegrandum deberet recipere; cui nos hoc beneficium praestitisse cognoscite. Quapropter ... iubemus, ut memoratus omnes causas ipsius monasterii ex nostro permissu licentiam habeat prosequi ... sic tamen, quandiu eorum pariter fuerit voluntas [1].

Unter der Ueberschrift de causas alterius receptas enthält die Formel Marculf I, 21 die vor dem König erfolgte Bestellung eines Anwalts:

> Fidelis noster ille ... petiit ut inlustris vir ille omnes causas suas in vicem ipsius tam in pago quam in palatio nostro ad mallandum vel prosequendum recipere deberet, quod in praesente per fistuca eas eidem visus est commendasse. Propterea iobemus ut, dum taliter utrisque decrevit voluntas, memoratus ille vir omnes causas lui ubicumque prosequere vel admallare debeat, ut unicuique pro ipso vel hominibus suis de reputatis conditionibus et directum faciat et ab aliis (simili modo) [380] veritate recipiat sic tamen quamdiu amborum decreverit voluntas.

---

artiges Privilegium der Herzog von Bedford für die Dauer seiner Abwesenheit im Reichsdienst durch Parlamentsakte 2 Hen. VI, c. 3, Statutes of the Realm II 217.

[1] Pardessus, Dipl. nr. 356, Hübner nr. 32.

Die Urkunde vom Jahre 667 und die Formel Marculfs unterscheiden sich von dem anglonormannischen breve de attornato [1] namentlich darin, dass ein Generalattorney bestellt wird. Die Erteilung einer generellen Befugnis, sich vertreten zu lassen, haben sie mit der französischen lettre de grâce gemein; doch ist in den merowingischen Zeugnissen der Anwalt bereits vor dem König bestellt wie nach anglonormannischem Brauch, während die lettre de grâce der Bestellung des Anwalts vorausgeht. Wenn wir berücksichtigen, dass die Bestellung des Procureur durch schriftliche Vollmacht dem kanonischen Prozessrechte entlehnt wurde — wie schon der Wortlaut der procuration deutlich ersehen lässt —, so erklärt sich das System der französischen lettres de grâce einfach daraus, dass man die fränkische Sitte, eine generelle Vertretung durch Privilegien zu gestatten, mit der kanonistischen Form der Anwaltbestellung durch procuration verband und dafür die germanische Art, den Anwalt rechtsförmlich vor Gericht zu konstituieren, fallen liess.

Ueberflüssig war die Erwirkung eines königlichen Breve, wenn der Anwalt im Königsgerichte selbst zur Vertretung in einem daselbst schwebenden Rechtsstreite bestellt wurde. Allgemein konnte man den Zweck der Vertretung erreichen, indem man einen anderen durch fiduziarische Uebertragung des Rechtes zum Salman machte [2].

[382] Der Vertreter heisst schon in merowingischer Zeit mundboro, eine Bezeichnung, die sich im fränkischen Stammesgebiet in dem Worte Momper über das Mittelalter hinaus für den gekorenen Anwalt erhalten hat [3].

Nach salfränkischem Rechte erfolgte die Bestellung des Anwalts mit Mund und Halm, nämlich durch eine mündliche Erklärung und durch Uebergabe einer Festuca [4]. Verwandte Formen

---

[1] Siehe oben S. 425 f.

[2] Lex Salica, Hessels 77, Cap. I, c. 12 bei Behrend-Boretius, Lex Salica S. 92: De eum qui causa aliena dicere praesumpserit, cui nec demandata nec leverpita fuerit et non potuerit vindicare solidos XV culpabilis iudicetur. De postea ei, cui causa est, liceat legibus causam suam mallare. Vgl. H. Brunner, D. RG. II 354, Anm. 27.

[3] Nahe Verwandtschaft mit dem salfränkischen Recht zeigen die Bestimmungen des langobardischen Rechtes (Ratchis I 3; II, 7, Expositio zu Otto I, c. 8, LL. IV 579.

[4] Die Bestellung eines Vertreters durch schriftliches Mandat — vgl. Pardessus in der Bibliothèque de l'école des chartes I 426 ff. — darf nicht

finden wir in deutschen Stammesrechten bis über das Mittelalter hinaus, das Aufgeben von Klage und Antwort durch Vergreifung am Gerichtsstab bei den Bayern, die Bestellung des Anwalts mit Mund und Hand, mit Fingern und Zungen bei den Sachsen, mit Halm und Stroh bei den Niederfranken. Es sind die bei der Auflassung angewendeten Symbole, welche bei der rechtsförmlichen Bestellung des Anwalts in überraschender Weise wiederkehren. In den altfranzösischen Quellen ist der fränkische Formalakt nicht mehr zu finden. Nur bei der Vertretung im Zweikampf kommt ein formeller Uebertragungsakt vor, der als bailler l'avouerie[1] bezeichnet wird, aber nicht mit der fränkischen laisowerpitio identisch [383] ist, wie denn überhaupt die Vertretung im Zweikampf unter der Herrschaft besonderer, hier nicht zu erörternder Grundsätze steht. Ebenso hat die normannische und englische Attornatio die fränkische Symbolik abgestreift, sie erscheint nur als ein mündlicher gerichtlicher Akt ohne symbolisches Beiwerk.

---

als allgemein zulässige Form betrachtet werden. Die dafür vorhandenen Formeln waren entweder für die römische Bevölkerung (Rozière 384. 385. 386. 388) oder für Geistliche bestimmt (Rozière 387. 389. 390). Vgl. jetzt Lass, Die Anwaltschaft im Zeitalter der Volksrechte und Kapitularien in Gierkes Untersuchungen Heft 39, 1891.

[1] Anchienne Coutume d'Amiens bei Du Cange-Henschel, Gloss. II 67: Et doit prendre chil qui claime son avoué par puing et dire que par chelui qui est ses avoues le monstrera — et son droit et s'avouërie à son avoué baillera et en foi le baisera et li avoués l'avouerie de chelui retenra. Und der Beklagte: prendera . . son avoué par le poing et dira que par chelui le monstrera et son droit et son avouërie à son avoué baillera et son avoué en foi baisera.

Dritte Abteilung.

Zur Geschichte des Strafrechtes.

VIII.

Abspaltungen der Friedlosigkeit.

[Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1890, germ. Abt. XI 62 ff.]

[62] Alle germanischen Rechte haben auf der Höhe ihrer selbständigen Entwicklung strafrechtliche, prozessrechtliche, fast alle auch privatrechtliche Institutionen, welche auf die Friedlosigkeit als auf ihre geschichtliche Wurzel zurückführen, sich aus der Fülle der Uebel und Zwangsmittel abgespalten haben, die ursprünglich in der Friedlosigkeit enthalten waren. Bei manchen dieser Abspaltungen liegt der Zusammenhang klar vor Augen und ist er längst erkannt. Bei anderen gilt es ihn erst aufzudecken und nachzuweisen, und dazu ist es nötig, den ursprünglichen Inhalt der Friedlosigkeit namentlich nach ihrer positiven Seite hin ins Auge zu fassen.

1.

Die Acht oder Friedlosigkeit vernichtete die gesamte Rechtssphäre desjenigen, der ihr verfiel. Er konnte von jedermann busslos verwundet und erschlagen werden. Er verlor die Rechte der Sippe und der Familie, denn er hörte auf, Geschlechtsgenosse, Ehemann und Vater zu sein, so dass sein Weib als Witwe, seine Kinder als Waisen behandelt wurden. Er büsste sein Vermögen und die Vermögensfähigkeit ein. Er konnte vor Gericht nicht

klagen, nicht antworten. Straffällig machte sich, wer ihn aufnahm oder unterstützte.

Die Friedlosigkeit war aber nicht bloss volle Negation des Friedens und des Rechtes, sie hatte auch positive Wirkungen. Man darf sich in dieser Beziehung nicht durch das Wort friedlos irre führen lassen, welches nur die negative Seite des Zustandes bezeichnet. Gleichbedeutend mit Friedlosigkeit ist Acht, worin auch die positive Seite des Verhältnisses zum Ausdruck gelangt. Denn Acht bedeutet Verfolgung, öffentlich gebotene Verfolgung[1]. Als [68] Feind allen Volkes durfte der Friedlose nicht nur, sondern sollte er von jedermann verfolgt und getötet werden. Wenn unser ältestes Rechtsdenkmal, die Lex Salica, ihn wargus, Wolf nennt, wenn noch in englischen Gerichten des dreizehnten Jahrhunderts der ausgebliebene Beklagte verurteilt wird, quod lupinum caput gereret[2], so liegt darin mehr, als dass er vogelfrei ist, nämlich die Erwartung, dass ihn gleich dem Wolfe jedermann im eigenen wie im gemeinsamen Interesse töte. Der Friedlose ist eben gemeinsamer Feind. Fah, Feind des Königs und aller seiner Freunde nennen ihn angelsächsische Gesetze[3]. Nobis et populo nostro inimicus heisst er in einem vermutlich spätkarolingischen Kapitularienfragment[4]. Exeat inimicus sagen in typischer Wendung die spanischen Fueros, wo sie die Acht androhen[5]. Im Jahre 1088 lautete das Urteil, durch welches Markgraf Ekbert von Meissen geächtet wurde, dass er als publicus regni hostis et domini sui imperatoris inimicus zu verfolgen (persequendus) sei[6]. Allerdings ist es wahrscheinlich, dass das älteste Recht auf das Unterlassen der Verfolgung und Tötung weder Busse noch Strafe setzte. Aber damals war eben das Gemeingefühl, namentlich das religiöse Gefühl der Volksgenossen stark genug, dass sie ohne besonderen Rechtszwang den Feind des Volkes und seiner Götter[7] verfolgten, wie ja noch bis ins jüngste Mittel-

---

[1] Kluge, Etymol. Wörterbuch S. 2. Graff, Ahd. Sprachschatz I, 109 f.

[2] Select Pleas of the crown ed. Maitland I 23 (1888).

[3] Aethelstan II, 20, § 7. Edmund II, 1, § 3.

[4] Cap. I 217, c. 7.

[5] Ficker in den Mitteilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, Ergänzungsband 2, S. 519.

[6] Waitz, Urkunden zur deutschen Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., S. 27.

[7] Die Decretio Childeberti II. vom Jahre 596 bestimmt in c. 4 hinsichtlich des Frauenräubers: unusquisque inimicum Dei persequatur. „Hya schellet

alter herab die Sippe ohne Rechtszwang wegen Tötung ihres Mitgliedes die Sühne zu suchen pflegte. Die Verfolgung des Friedlosen, die ursprünglich religiöse Pflicht gewesen sein dürfte, galt nachmals als Pflicht des rechtschaffenen Mannes. So heisst es in angelsächsischen Quellen vom friedlos gewordenen Totschläger: es
[64] fahnde ihn jeder mit Gerüfte, der das Recht will [1]. Und noch im dreizehnten Jahrhundert sagt Beaumanoir: C'est li communs porfis que çascuns soit sergans et ait pooir de penre et d'arrester les malfeteurs [2].

Als das Gemeingefühl soweit abgeschwächt war, dass der einzelne nicht mehr als freiwilliges Polizeiorgan der Gesamtheit, nicht mehr aus eigenem Antrieb als Träger der öffentlichen Gewalt handelte, als insbesondere die christliche Kirche ihren Einfluss gegen Tötung und Todesstrafe geltend machte, musste entweder die Friedlosigkeit nach der personenrechtlichen Seite hin jenen rein negativen Charakter annehmen, wie er aus nordischen Quellen als gemeingermanisch abgeleitet wird, oder es musste die Rechtsordnung wenigstens bei bestimmten Kategorien friedloser Leute, namentlich bei Dieben und Räubern, die Vollstreckung der Acht in irgend einer Weise sicherstellen. Man erhob die Ergreifung und Tötung des Friedlosen zur Amtspflicht des öffentlichen Beamten [3], oder man suchte die allgemeine Verfolgung dadurch zu erzielen, dass man auf den Kopf des Friedlosen einen Preis setzte [4] oder dass man eine Strafe verhängte, wenn die Vollstreckung der Acht oder die Beihilfe dazu schuldhaft versäumt wurde.

---

da Godes fynden folgia" heisst es vom Räuber noch in einer dem westerlauwerschen Friesland angehörigen Rechtsaufzeichnung bei Hettema, Iurisprud. fris. tit. 59, § 18, v. Richthofen, Rqu. S. 424, Anm. 1.

[1] Edward und Guthrum 6, § 6. Knut II, 48, § 2. [Aethelred VIII, 1: es verfolge ihn jeder, der Gottes Freund ist.]

[2] Cout. du Beauvoisis 31, 14.

[3] Decretio Childeb. II. c. 4: iudex collectum solatium ipsum raptorem occidat et iaceat forbatutus.

[4] Angelsächsische und isländische Gesetze versprechen eine Geldprämie für Tötung des Friedlosen. K. Maurer, Kr. Ue. III 38, Anm. 2. Wilda, Strafrecht S. 282 f. Nach norwegischem Recht erhielt der Diebsfänger alles, was der Dieb an sich trug, soweit es sein war. v. Amira, Vollstreckungsverfahren S. 167. Nach fränkischem Rechte wurde das dem Richter zu teil, dem die Verfolgung und Justifizierung der Diebe in erster Linie oblag. Er bekam den Dieb, wie ihn der Gürtel umfing, eine Vorschrift, die sachlich zuerst in Karls des Grossen Capit. de latronibus c. 7 (Cap. I 181) und nachmals in jener Wendung sehr häufig in deutschen Weistümern begegnet.

Die Versäumnisbussen treffen entweder den Gemeinde- oder Hundertschaftsverband oder den einzelnen. Nach den norwegischen Gulaþingslög ist der Dieb, der einen Örtug stahl oder mehr, friedlos und zu erschlagen. Zunächst soll der Amtmann bei Busse von 40 Mark einen Mann schaffen, der ihn totschlägt. Will er nicht, so sollen die Bauern den Mann mieten, der den Dieb totschlägt, aus dessen eigenem Gelde. Wenn er aber mit dem Leben davon [65]
kommt, dann sollen die Bauern entgelten 40 Mark [1]. Dass hier die Pflicht der Bauerschaft nur noch als eine subsidiäre erscheint, ist offenbar das Ergebnis einer jüngeren Entwicklung, welche durch Einschieben des Amtmanns die Bauerschaft in die zweite Linie rückte. Nach den Frostuþingslög sind die Bauern schuldig, dem Diebe zur Hinrichtung zu folgen, wollen sie nicht, so trifft sie solche Strafe, wie wenn sie das Thing nicht besuchen. Das ist nur ein Rest der allgemeinen Pflicht zur Vollstreckung der Friedlosigkeit. Lebendiger hat diesen Gedanken das Recht Jütlands bewahrt, wo nach Blasius Eckenberger die Diebe von den Bauern gehenkt werden mussten, und zwar so, dass jeder einzelne Hardesmann den Strick anzufassen hatte. Auch deutsche Weistümer kennen die Vorschrift, dass die Gemeindegenossen die Hinrichtung gemeinschaftlich vollziehen müssen, indem jeder an den Strick greift, während es anderwärts der Gemeinde erlaubt ist, auf ihre Kosten einen Nachrichter zu werben [2].

Auf den Gedanken, dass die Verfolgung des Verbrechers allgemeine Pflicht sei, geht die eigentümliche und vielbesprochene Haftung der fränkischen Centenen zurück, welche in dem Landfriedensgesetz Childeberts I. und Clothars I. und in der Decretio Childeberts II. geregelt ist [3]. Diese Regelung beruht auf dem Prinzip, dass die Centene für Verfolgung und Einbringung des Diebes haftet, und zwar jene Centene, in deren Gebiet der Dieb sich eben befindet. In erster Linie haftet zwar die Centene, in deren Bezirk der Diebstahl stattgefunden hat; allein sie befreit sich von der Haftung durch den Nachweis, dass die Spur des Diebes in eine andere Centene hineinführt. Denn dann haftet diese, bezw.

[1] v. Amira, Vollstreckungsverfahren S. 164.

[2] Grimm, RA. S. 885. Gierke, Genossenschaftsrecht II 402. [Ueber die verschiedenartigen Strafen zu gesamter Hand habe ich RG. II 469 gehandelt.]

[3] Cap. I 5, c. 9. 16; I 17, c. 11. 12.

wenn die Spurfolge noch weiter führt, eine dritte Centene. Die Ersatzpflicht ist nicht, wie man wohl fälschlich geglaubt hat, aus einer Gesamtbürgschaft der Centene für Diebstähle ihrer Mitglieder, sondern aus der Gesamthaftung für erfolgreiche Verfolgung des
[66] Diebes zu erklären. Der Rechtsnachteil, der auf das Versäumnis der Verfolgung gesetzt ist, ergibt sich daraus, dass die haftende Centene von vornherein dem Bestohlenen sofortigen Ersatz zu leisten hat, dagegen, wenn sie den Dieb fängt, die Hälfte der Compositio und das Capitale erhält. Die Rechtsordnung will die Verfolgung des Diebes erzwingen, indem sie das berufene Organ der Verfolgung, die haftende Centene, zur Trägerin einer Diebstahlsversicherung macht[1].

Eine Pflicht der Hundertschaft, nach den Dieben zu reiten und sie zu fahnden, kennt auch die angelsächsische Constitutio de hundredis. Fängt die Hundertschaft einen Dieb, so empfängt sie nach Abzug des Ersatzgeldes, das dem Bestohlenen zu teil wird, die Hälfte des ganzen Vermögens, welches der Dieb als ein friedlos gewordener Mann verwirkt hat[2]. Von einer Versäumnisstrafe ist hier zwar nicht die Rede. Doch weiss um eine solche eine Quelle der anglonormannischen Zeit[3].

Aus der Gruppe von Rechtssätzen, welche das Versäumnis an dem einzelnen bestrafen, sind zunächst dänische und angelsächsische Zeugnisse zu erwähnen. [Innerhalb des Kreises der königlichen Gefolgsgenossen sanktioniert Knuts Witherlagsrecht die Pflicht der Verfolgung, indem es bestimmt, dass jeder Witherlagsmann den früheren Genossen, der als Neiding aus der Genossenschaft ausgestossen worden ist, angreifen solle, wenn er ihm begegnet und ihm mindestens um einen Begleiter oder um einen Speer überlegen ist. Unterlässt er es, so wird er selbst zum Neiding[4].] Ein Gesetz Aethelstans bedroht mit Friedlosigkeit denjenigen, der wissentlich des flüchtigen Diebes schont, den er begegnet hat[5]. Knut verhängt eine dem Wergelde des Diebes gleichkommende Busse über den, der einen Dieb antrifft und es versäumt, das Gerüfte zu erheben[6]. Die Rechtspflicht, durch Ge-

---

[1] Vgl. Waitz, VG. I 454 ff. Sohm, R.- u. GV. S. 183 ff.
[2] Schmid, Ges. d. Ags. S. 182 (Edgar I.).
[3] Willelmus Malmesburiensis, Waitz, VG. I 479 f.
[4] [Kolderup-Rosenvinge, Samling af gamle danske Love V 21, V 4.]
[5] Aethelstan IV, 6, § 2.
[6] Knut II, 29; Wilh. I, 49.

rüfte die Verfolgung des Diebes einzuleiten, sanktionieren auch die fränkischen Rechte. Nach der Ewa Chamavorum c. 31 ist eine Busse von 4 Solidi verwirkt, si quis latronem viderit cum furtu ambulantem et cognitum non fecerit. Wenn nach spätkarolingischen Kapitularien von den Unterthanen ein Eid verlangt wird, Diebe und Räuber nicht zu verhehlen, so ist darin wohl auch das Versprechen inbegriffen, das Gerüfte zu erheben. Aechtungsformeln, die uns in den Quellen fränkischer Tochterrechte überliefert sind, betonen die Pflicht, den Geächteten mit Gerüfte zu verfolgen. So lautete die Formel der normannischen forbannizatio: nos forbanni- [67]
zamus .. (NN.) .. ita quod, si quis eum .. inveniret, ipsum vivum vel mortuum reddat iusticiario vel, si eum capere non potuerit, clamorem patriae post ipsum, qui dicitur harou, debet clamosis vocibus excitare. Die bewegliche Habe desjenigen, der dies unterlässt, verfällt der Gnade des Herzogs[1]. Nach dem Rechte der niederländischen Stadt Heusden ist der Verbannte, der binnen Landes betroffen wird, zu verfolgen met wapengeruchte, met hantgeslagh, met hondgebaffe ende roepen: helpt ons desen mordenaar houden. Den Säumigen kann der Herr strafen an Leib und Gut[2].

Sattsam bekannt ist die Pflicht der Nachbarn, auf das Gerüfte hin herbeizueilen, um bei Verfolgung und Ergreifung des durch die Unthat friedlos gewordenen Missethäters Hilfe zu leisten[3]. Zu anschaulichem Ausdruck bringt diesen Rechtssatz eine dem westerlauwerschen Friesland angehörige Rechtsaufzeichnung, in welcher ein kräftiger Duft uralten Heidentums nicht zu verkennen ist. Wer das Gerüfte hört, er sei alt oder jung, durstig oder hungrig, heiss oder kalt, er soll nicht so lange warten, um seine Kleider zu wechseln, sondern soll Gottes Feind verfolgen. Wer ihn zuerst trifft, den Schächer, soll ihn ergreifen. Ihn schützt nicht der Friede des Hauses, der Kirche, des Altars, des Taufsteins. Man reisse ihn weg und lasse ihm fünf Rechte zu teil werden. Man soll ihm die beiden Arme und die beiden Schienbeine mit einem eisernen Stiel oder Stab entzweischlagen. Dann führe man ihn ausserhalb des Deiches an den Strand und mit ihm einen

[1] Somma de legibus et consuetud. Normanniae I, 24.

[2] Bei Oudenhoven, Beschryvinge der Stadt Heusden, 1743, S. 325.

[3] Die für das Gerüfte überlieferten Ausrufungen: zêter, tiodute, tia ut, haro, huz haben die Bedeutung: zieht hierher, zieht heraus, hierher, heraus. Schade, WB. S. 1254. 939. 372. Richthofen, WB. S. 1083.

Galgen und ein Rad, das vorher nie an einen Wagen gekommen war. Ihn soll kein Wind anwehen, kein Mond besehen, kein Tau bedecken, keine Sonne bescheinen, eine poetische Umschreibung
[68] der friesischen Sitte[1], arge Verbrecher schliesslich in die See zu versenken. Dass jeder, der das Gerüfte versitzt, bussfällig wird, ist ein Rechtssatz, der in viel und in wenig gelesenen Rechtsquellen zu oft wiederkehrt, als dass es hier eines Beleges bedürfte. Dagegen verdient es betont zu werden, dass die Pflicht der Gerüftsfolge erst dann in die richtige rechtsgeschichtliche Beleuchtung fällt, wenn man sie aus der uralten Pflicht der Verfolgung des Friedlosen herleitet.

Es ist von erheblicher Bedeutung für die Grundauffassung des germanischen Staats- und Rechtslebens, ob man von der Ansicht ausgeht, dass das Gemeinwesen dem Verbrecher gegenüber sich in passiver Indolenz damit begnügte, dessen Tötung ausser Busse zu stellen und es im übrigen mit verschränkten Armen dem Rachebedürfnis des Verletzten, der Laune eines einzelnen oder dem Zufall überliess, die strafrechtliche Aufgabe des Gemeinwesens zu erfüllen, oder ob man der Meinung ist, dass das Gemeinwesen als solches gegen das Verbrechen reagierte, indem es die Verfolgung zwar als Sache der Gesamtheit ansah, aber füglich den einzelnen überlassen konnte, weil der einzelne sich noch voll und ganz als Glied der Gesamtheit fühlte.

Unbestritten, weil unbestreitbar, ist die freilich mitunter übersehene Thatsache, dass die Friedlosigkeit nach ihrer vermögensrechtlichen Seite nicht bloss als Entziehung des Rechtsschutzes wirkte, sondern dass der Staat gegen das Vermögen des Friedlosen aktiv vorging. Dasselbe verfiel entweder der Wüstung oder der Fronung. Die Wüstung findet sich bei Franken, Friesen und Sachsen, spurenhaft auch im Norden, in ausgedehnter und scharf

---

[1] So soll nach einem Zusatz zur 16. Küre, Richthofen, Fries. Rqu. S. 30, der Landesverräter an die Nordsee geführt und darin versenkt werden. Vgl. Lex Frisionum, Add. sap. XI [und Richthofen, Zur Lex Sax. S. 208, Anm. 1]. Bei den Nordfriesen wird der Missethäter wegen Notzucht, Mord und Mordbrand binnen der dritten Flutmarke gebunden, gesäckt und am Hals mit so viel Steinen beschwert, als seinem Körpergewicht entsprechen. So soll er in die See versenkt werden. Und geschieht ihm dies Recht nicht, so geschieht ihm unrecht. Zusatz der Eiderstedtschen Krone der rechten Wahrheit, Richthofen, Fries. Rqu. S. 367.

ausgeprägter Anwendung im altfranzösischen[1] und altniederländischen Rechte[2]. Die Wüstung bestand darin, dass die Genossen der Gerichtsgemeinde sich zusammenscharten und das Anwesen des Fried- [69] losen mit Bruch und Brand überzogen, indem sie das Gehöfte niederrissen oder verbrannten. [An der Wüstung teil zu nehmen war allgemeine Pflicht. Wer nicht erschien, machte sich strafbar.] Nach altfranzösischem Rechte erstreckte sich das droit de ravage auch auf die Bäume, die Weinberge und die stehenden Feldfrüchte. Man wird nicht irre gehen, wenn man annimmt, dass die Wüstung, welche es dem Friedlosen unmöglich machen soll, unter Menschen zu wohnen, und sein Andenken aus der Gemeinde vertilgt[3], zu einer Zeit Rechtens geworden war, als ein Sondereigentum am Grund und Boden noch nicht existierte, dieser also nicht Gegenstand der Fronung sein konnte[4]. Der Akt der Fronung bestand darin, dass Hab und Gut des Friedlosen konfisziert, für das Gemeinwesen oder für den König eingezogen wurde und der öffentlichen Gewalt verfiel, soweit nicht der Verletzte einen Anteil daran erhielt oder daraus befriedigt wurde. Ursprünglich wohl auf die Fahrhabe beschränkt, wurde die Fronung nach der Ausbildung des Sondereigentums am Grund und Boden auch auf diesen erstreckt. Die Anwendung der Fronung schloss die Wüstung aus. Die Fronung wurde auf dem gefronten Grundstück allgemein kenntlich gemacht, indem ein Strohwisch oder ein Handschuh ausgesteckt wurde. Das Zeichen hiess wiffa, Wief, oberdeutsch auch Schaub[5].

Wie im Leben des einzelnen mitunter Augenblicke eines Rückfalls eintreten, in welchen der homo sapiens die Rolle des Kulturmenschen vergisst und die Bestie in ihm die Zügel sprengt, so kommen auch im Leben der Völker gelegentliche Rückschläge in längst überwundene Rechts- und Kulturzustände vor. Es findet

---

[1] Viollet, Établissements de S. Louis I 46 ff., III 290 ff.

[2] Bennecke, Zur Geschichte des deutschen Strafprozesses. Das Strafverfahren nach den holländischen und flandrischen Rechten des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts, 1886, S. 45 ff.

[3] Wilda, Strafrecht S. 293. H. Brunner, D. RG. I 169.

[4] Der Ursprung der Wüstung scheint auf religiöse Vorstellungen zurückzugehen. Das Haus, in welchem der Verbrecher und der Feind der Götter gewohnt hat, soll als eine Stätte des Unheils vernichtet, das Werk seiner Hände vertilgt werden, weil in den Fluch der Götter verstrickt ist, was von dem Unheiligen kommt.

[5] R. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 368.

sich namentlich in Zeiten revolutionärer Bewegungen, dass Triebe und Gedanken einer längst begrabenen Vergangenheit wie durch eine plötzliche Eruption in die Massen geschleudert werden. Ein solcher Rückschlag war die Anwendung der vermögensrechtlichen
[70] Friedlosigkeit, des droit de ravage, welche die jüngste Geschichte Frankreichs zu verzeichnen hat[1], wobei man freilich nicht vergessen darf, dass es auch Frankreich war, welches in dem Institute des bürgerlichen Todes den rechtsgeschichtlichen Niederschlag der personenrechtlichen Friedlosigkeit am längsten festgehalten hat. Bekanntlich dekretierte die Pariser Commune im Jahre 1871 (10. Mai) die Niederreissung des Hauses des damaligen Präsidenten der französischen Republik, des Herrn Thiers, den die Commune sicherlich als einen friedlosen Mann behandelt hätte, wenn sie seiner habhaft geworden wäre. Es war das der letzte bekannte Anwendungsfall der Wüstung. Als im Jahre 1848 die Berliner Strassendemagogie den Prinzen von Preussen geächtet hatte und sein Palais von der Gefahr der Plünderung und Zerstörung bedroht war, hatte ein findiger Kopf den glücklichen Einfall, das Wort „Nationaleigentum" anzuschreiben. Ohne darum zu wissen, griff er damit in eine längst verschollene Zeit unserer Rechtsgeschichte zurück. Er nahm eine Fronung vor, allerdings nicht mittels wiffa, sondern mit Kreide. Ganz folgerichtig vollzog er die Fronung, um dadurch die Wüstung auszuschliessen, was ihm bekanntlich auch gelang, weil auch den Volksmassen klar wurde, dass man gefrontes Gut nicht wüsten dürfe.

2.

Die nordischen Rechte unterscheiden bekanntlich unsühnbare und sühnbare Friedlosigkeit. Bei der sühnbaren Friedlosigkeit hatte der Friedlose den Rechtsanspruch, sich durch eine bestimmte Geldzahlung in den Frieden einzukaufen, so dass er ihm nicht verweigert werden konnte[2]. Die unsühnbare Friedlosigkeit ist die ältere. Sühnbar war — vielleicht schon damals nur durch Jahr und Tag — die Friedlosigkeit, welche im Ungehorsamsverfahren

[1] Viollet a. O. III 291.

[2] Es lag in der Natur der Sache, dass man bei dieser Art der Friedlosigkeit am ehesten geneigt war, von einer allgemeinen Pflicht der Verfolgung abzusehen.

des fränkischen Rechtes verhängt wurde. Im Norden wurde die durch Gerichtsurteil ausgesprochene Friedlosigkeit derart abgestumpft, dass dem Friedlosen Zeit gegönnt wurde, sich durch Flucht vor dem Tode zu retten. Man gab solche Frist, damit der [71] Beklagte sich nicht scheue, vor Gericht zu erscheinen und sich zu verantworten. In Schonen hatte der Dieb, der bei dem Ordal des glühenden Eisens unterlegen war, einen Tag Frist, um zu flüchten. Erst nach diesem Tage konnte er friedlos und zum Galgen verurteilt werden. Alioquin, sagt Sunesen, pauci candentis ferri iudicio consentirent[1]. Bei solcher Handhabung setzte die Friedlosigkeit (als Friedlosigkeit mit Fluchtfrist) sich thatsächlich in Verbannung um, so dass sie nur noch im Falle der handhaften That ihre volle Schärfe äusserte[2]. Eine Abschwächung der im Ungehorsamsverfahren verhängten Friedlosigkeit ist der fränkische Vorbann, welchen seit karolingischer Zeit die Grafen aussprechen, während die eigentliche Friedloslegung ausschliessliches Recht des Königs bleibt. Der Vorbann, das Vorbild der späteren sächsischen Verfestung, ist insofern schwächer denn die Friedlosigkeit, als der Gebannte zwar von jedermann festgenommen werden kann, aber — von dem Fall des Widerstandes abgesehen — nicht der Tötung durch jedermann ausgesetzt ist. Mit dem Vorbann ist eine provisorische Einziehung des Vermögens verbunden, ferner das Verbot, dem Gebannten Unterstand und Nahrung zu gewähren. Nach der letztgedachten Wirkung heisst er auch meziban, interdictio cibi (von got. mats, Speise), ein Zwangsmittel, das auch in völlig selbständiger Anwendung begegnet[3]. Zum meziban im engsten Wortsinn schrumpft nach manchen Rechten auch die strengste Friedlosigkeit ein, falls und so lange der Friedlose sich in einem kirchlichen Asyl befindet[4]. Ihm darf während des Aufenthalts in der Freistätte keine Nahrung gereicht, aber der Aufenthalt nicht verweigert werden. Die Rolle, welche der Metebann in den niederdeutschen Quellen spielt, wurde schon von anderen betont[5]. Auch

---

[1] Iuris Scanici expositio c. 87, Schlyter, Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui IX 308.

[2] [Ueber die Fluchtfristen der nordischen Rechte siehe meine RG. II 591 und die dort Citierten.]

[3] Cap. Pipp. a. 754—755, c. 1, I 31.

[4] Aelfr. V, 2. Capit. Haristall. vom Jahre 779, c. 8.

[5] Grimm, RA. S. 735, Derselbe bei Merkel, Lex Salica, Praefatio

[72] das Recht von Schonen kennt den matban, und zwar als eine im Heradsthing wegen prozessualischen Ungehorsams erkannte Vorstufe der Friedlosigkeit [1]. Eine Spielart der Friedlosigkeit ist, wie bereits Wilda ausgeführt hat, der Verlust der Mannheiligkeit im dänischen Rechte [2]. Eine eigenartige Gestaltung der Friedlosigkeit, die uns noch weiter unten beschäftigen wird, tritt ein in Fällen, in welchen mit der Friedlosigkeit ein Racherecht des Verletzten konkurriert.

Nicht mehr blosse Spielarten, sondern rechtsgeschichtliche Abspaltungen der Friedlosigkeit sind die Todesstrafen, die verstümmelnden Leibesstrafen, das Verfahren bei handhafter That, das System der arbiträren Strafen, die Verbannung, der Freiheitsverlust als Strafknechtschaft und Strafhaft, die Rechtlosigkeit, die Wüstung, die Fronung, die Immobiliarexekution mit ihren Nachbildungen, der jüngeren Satzung und der modernen Hypothek, der Freiheitsverlust durch Uebergabe in die Gewalt des Gläubigers, durch Schuldknechtschaft und Schuldhaft [3]. Aus methodischen Gründen sollen die Arten des Freiheitsverlustes, mögen sie nun die Natur der Strafe oder exekutivischen Charakter haben, unten im Zusammenhange behandelt werden.

Ging die Friedlosigkeit in ihrer alten strengen Form Hand in Hand mit der allgemeinen Pflicht, den Friedlosen zu verfolgen und zu töten, so stand sie von Hause aus der Todesstrafe sehr nahe [4]. Daraus erklärt sich auch, dass sie Tacitus nicht kennt.

---

p. XII. Haltaus Sp. 1341. 2213. Leman, Kulmisches Recht S. 314 s. v. mitteban, meteban.

[1] Skånelagen c. 139, Schlyter IX 129. Sunesen c. 90, Schlyter IX 311: et ut nullus ei communicet per totam provinciam iudicabunt ... quod iudicium matban lingua patria nominare consuevit. [Secher, Om vitterlighed og vidnebevis i den ældre danske proces I 155 ff.]

[2] Wilda, Strafrecht S. 302 ff.

[3] Dass Todesstrafe, Verbannung und Einziehung des Vermögens als selbständige Strafen aus der Friedlosigkeit hervorgingen, bemerkte bereits Wilda, Strafrecht S. 296 f.

[4] Wenn v. Amira, Gött. Gelehrte Anzeigen 1888, S. 53 bemerkt: Der zum Tod Verurteilte muss, der Geächtete darf, aber muss nicht getötet werden, so reicht m. E. bei dem Geächteten das „darf" nicht aus, während das „muss" bei dem Todesurteil zu weit geht. Dass es sich bei der Acht nicht um ein blosses Dürfen handelte, dieser Standpunkt vielmehr bereits eine Abschwächung der Acht ist, glaube ich durch die obigen Ausführungen und durch die unten folgende Darstellung des Verfahrens bei handhafter That

Sie ging ihm einfach in dem discrimen capitis auf, wovon er berichtet. Dass die sakralen Todesstrafen der heidnischen Zeit Menschenopfer waren, welche das weltliche Recht in den Rahmen der Friedlosigkeit spannte, habe ich bereits anderwärts auszuführen [73] versucht [1]. Der enge Zusammenhang zwischen Friedlosigkeit und Todesstrafe macht es auch erklärlich, weshalb als Folge eines Verbrechens jene ebenso selten wie diese in der Lex Salica erscheint. Die Lex Salica steht mehr als jedes andre Volksrecht unter dem Einfluss des unablässlichen Kampfes, welchen die gallische Kirche vom fünften Jahrhundert ab bis in die karolingische Zeit hinein gegen die Hinrichtung führte. Die Geistlichkeit betrieb damals die Rettung todeswürdiger Verbrecher nach Art eines Sportes. Aus zahlreichen Heiligenlegenden lässt sich ersehen, dass nichts leichter in den Geruch der Heiligkeit brachte, als wenn ein frommer Mann einen Verbrecher mit oder ohne Wunder vom Galgentode errettete, den er mehrfach verdient hatte. Und seltsam mutet es uns an, wenn noch Karl der Grosse 779 es nötig findet [2], seine Grafen

begründet zu haben. Dass das Todesurteil kein „muss" enthält, zeigen die ablösbaren Todesstrafen und zeigt die Wirkung des Asylrechts, die sicher in heidnische Zeit hinaufreicht.

[1] D. RG. I 175 [II 468]. Was v. Amira a. O. dagegen bemerkt, vermag mich, so sehr auch im allgemeinen sein Wort bei mir ins Gewicht fällt, nicht zu überzeugen. Im Falle Willebrords war das Los nicht Beweismittel. Die That war handhaft und wurde nicht geleugnet. Das Los (sors damnatorum) konnte daher nur geworfen werden, um zu entscheiden, ob die Glaubensboten um ihre That sterben sollten. Im Falle Willehads wird das Los (sors mortis) geworfen, „an dignus esset interitu", „vivere an mori debuisset". v. Amiras Erklärung von Lex Chamav. 48 kann ich mit dem Wortlaut der Stelle nicht in Einklang bringen. Der Dieb, der das Gottesurteil glücklich überstanden hat, ist von dem Herrn durch compositio zu lösen. Das Gottesurteil kann sonach nicht Beweismittel sein. Von einem Richten auf Verdacht ist nicht die Rede, ebensowenig von einer Anklage wegen achten Diebstahls. Der fur wird getötet, ausser wenn ihm das Feuerordal gelingt und der Herr für ihn büsst. Eine verwandte Bestimmung irischer Herkunft enthalten die sog. Excerptiones Ecgberti c. 84 bei Thorpe, Ancient Laws II 108, wo es vom Diebe heisst: mittatur sors, ut aut illius manus abscindatur aut in carcerem mittatur.

[2] Cap. Haristall. vom Jahre 779, c. 11, I 49. Die Abneigung der Kirche gegen Blutvergiessen war in der Geschichte des Strafrechtes ohne Zweifel von bedeutsamem Einfluss auf die Ausdehnung des Busssystems, auf die Ablösbarkeit der Leibes- und Lebensstrafen, auf die Sühnbarkeit der Acht. Bei den Angelsachsen geschah es nach Aelfred, Einleitung c. 49, § 7 auf Betreiben

[74] zu versichern, dass es von ihnen nach dem Zeugnis der Bischöfe keine Sünde sei, Diebe und Räuber in Ausübung der Rechtspflege an Leib und Leben zu strafen.

Wo die Volksrechte den Verlust des Lebens androhen, geschieht dies entweder in Wendungen, die auf Friedlosigkeit zu deuten sind, oder durch das ausdrückliche Gebot der Todesstrafe. Im erstgedachten Sinne begegnet uns in den Rechtsquellen, namentlich im langobardischen Edikt, die typische Formel: animae suae incurrat periculum et res eius infiscentur. Allein sie wechselt mit Ausdrücken ab, welche der zweiten Gruppe angehören. So heisst es z. B. in einem Capitulare des Jahres 801 von dem, der sich des herisliz schuldig gemacht hat, vitae periculum incurrat et res eius in fisco nostro socientur [1]. Dagegen sagt ein Kapitular von 811 für denselben Straffall: volumus ut antiqua constitutio id est capitalis sententia erga illum puniendum custodiatur [2]. Andrerseits begegnet uns das occidatur in den Volksrechten an Stellen, wo nur ein Tötungsrecht der Sippe oder des Verletzten gemeint ist. So sagt König Gundobad: si ingenua puella voluntaria se servo coniunxerit [3], utrumque iubemus occidi. Man sollte glauben, dass die Todesstrafe damit deutlich genug bezeichnet sei. Allein die Stelle fährt fort: quod si parentes puellae parentem suam punire fortasse noluerint, puella libertate careat et in servitute regia redigatur. Mit dem iubemus occidi ist hinsichtlich der puella nur eine Strafgewalt der beleidigten Sippe gemeint. Wird sie nicht ausgeübt, so geht der König mit fiskalischer Verknechtung vor. In Rothari c. 13 heisst es: si quis dominum suum occiderit, ipse occidatur. Damit ist nicht eine amtlich zu vollstreckende Todesstrafe gemeint. Denn es wird hinzugefügt: et qui illius mortui iniuriam vindicandam denegaverit solacia, si quidem rogatus fuerit, unusquisque conponat solidos quinquaginta, medietatem regi et medietatem cui solacia denegaverit. Zu Rotharis Zeit ist die Sippe, welche wegen
[75] Tötung eines Genossen zur Fehde schreitet, nur auf sich selbst angewiesen. Personen, die nicht zur Magschaft gehören, sind nicht verbunden, ihr zu helfen. Anders wenn ein Knecht, ein Aldio oder

der Kirche, dass auf die meisten Verbrechen Busse gesetzt und die Todesstrafe eingeschränkt wurde. Vgl. Steenstrup, Normannerne IV 256 ff. (1882).

[1] Cap. Ticin. c. 3, I 205.

[2] Cap. Bonon. c. 4, I 166. Vgl. noch Cap. Sax. c. 10 mit Lex Sax. c. 28.

[3] Lex Burg. 35, 2.

Gasinde den Herrn tötet. Solche That macht friedlos. Der Verfolger kann die Hilfe jedes Volksgenossen in Anspruch nehmen und bezieht die Hälfte der Busse, welche durch Verweigerung der Hilfe verwirkt wird.

Soweit die Quellen der fränkischen Zeit sachlich eine öffentliche Todesstrafe setzen, erscheint sie noch in dem Rahmen der alten Acht als eine besondere Verhängungs- und Vollstreckungsform. Die Todesstrafe ist Vollstreckung einer Friedlosigkeit, welche als Todesurteil ohne Unfriedensbann ausgesprochen wird und [soweit sie nicht als blosse Privatstrafe erscheint[1]], nur durch das königliche Beamtentum geltend gemacht werden kann[2]. Während bei der alten Friedlosigkeit die Gesamtheit aufgefordert wird, den Friedlosen zu töten, kann derjenige, gegen welchen die Todesstrafe ausgesprochen worden, nicht schlechtweg von jedermann, sondern nur durch den öffentlichen Beamten und seine Organe vom Leben zum Tode gebracht werden. Die Todesstrafe zeigt insofern ein minus, nicht ein maius im Verhältnis zur strengsten Friedlosigkeit, jene ist amtlich vollstreckbare Friedlosigkeit, diese gewissermassen eine von jedermann vollstreckbare Todesstrafe[3].

Mit dem Todesurteil ist wie mit der Friedlosigkeit nach fränkischem Rechte die Fronung des Vermögens verknüpft. Doch tritt bereits in vereinzelten Fällen die Spaltung der personenrechtlichen und der vermögensrechtlichen Wirkung der Friedlosigkeit auch bei der Androhung der Todesstrafe hervor, indem die Konfiskation des Vermögens ausdrücklich ausgeschlossen und dieses den unschuldigen Erben des Missethäters überlassen wird[4].

Am deutlichsten stellt den geschichtlichen Zusammenhang [76]

---

[1] [Die Todesstrafe ist Privatstrafe, wenn sie nicht im Namen des Gemeinwesens verhängt wird und in das Belieben des Verletzten oder der strafberechtigten Sippe gestellt ist.]

[2] Ueber die Ableitung der Todesstrafen aus der Friedlosigkeit vgl. meine RG. I 173 [II 598].

[3] Wenn nordische Quellen Acht und Todesstrafen kumulieren (siehe oben S. 447. 453 zu Anm. 1), so ist dies notwendige Folge der eingetretenen Differenzierung von negativer Friedlosigkeit und Todesstrafe. Die alte strenge Acht wirkte wie beide.

[4] Lex Rib. 79. Cap. de latronibus c. 6, I 181: nobis dignum non videtur quod postquam morti tradetur, ut dominus eius aut infantis aut propinquis heredibus suis perdunt rebus, quia nihil amplius ultra se ipsum perdere debet. [Cap. legg. add. 818/9, c. 1, I 281.]

zwischen strenger Friedlosigkeit und amtlicher Todesstrafe das Verfahren gegen den handhaften Verbrecher dar. Es ist unzweifelhafter Grundsatz des germanischen Rechtes, dass der Verbrecher sich bereits durch die Unthat an sich aus dem Frieden setzte, wie die Glosse zum Sachsenspiegel (I, 51) sagt, sich selbst friedlos legte. Doch wurde dieser Rechtsgedanke nur bei der handhaften That zur vollen Durchführung gebracht. Und wie zäh die Volksanschauung für das handhafte Verbrechen daran festhielt, zeigt uns eine bekannte Stelle in Goethes Faust. „Stosst zu, der Kerl ist vogelfrei!“ ruft Siebel in Auerbachs Keller, als Mephistopheles höchst handhafte Zauberei verübt hatte. War dagegen die That nicht handhaft, so bedurfte es von je eines gerichtlichen Verfahrens, welches in der Aechtung, beziehungsweise in dem Todesurteil gipfelte. Auch bei handhafter That wurde die Geltendmachung der Friedlosigkeit schon früh an gewisse rechtliche Voraussetzungen gebunden, die es bewirkten, dass das Verfahren gegen den Friedlosen sich in ein Rechtsverfahren umgestaltete. Wohl die älteste jener Voraussetzungen war die Erhebung des Gerüftes[1]. War ihr genügt, so konnte der Verbrecher angesichts der Nachbarn, die auf das Gerüfte herbeigeeilt waren, um Thaten, die allgemeine Friedlosigkeit zur Folge hatten, von jedermann, nicht bloss von dem Verletzten, getötet werden. Die Rechtsentwickelung der fränkischen Zeit ersetzte diese Art von Volksjustiz durch die amtliche Justiz und schwächte die allgemeine Befugnis, den handhaften Missethäter zu töten, zur allgemeinen Befugnis der Festnahme, m. a. W. die Friedlosigkeit zur Verfestung, forbannitio ab. Doch ist diese Beschränkung nicht überall, nicht bei allen Unthaten und ist sie überhaupt nur bedingt durchgeführt worden.

Aus dem Fortleben der alten Volksjustiz bei handhafter That
[177] erklärt sich die merkwürdige Erscheinung, dass in einer friesischen Rechtsaufzeichnung, die nicht vor dem neunten Jahrhundert entstand und einen Anhang der Lex Frisionum bildet, noch der Opfertod des Tempelschänders als geltender Rechtsbrauch erscheint. Wer einen Heidentempel erbricht und beraubt, wird an den Strand des

---

[1] Wie bei der Verfolgung des Geächteten ist auch bei der Verfolgung im Fall der handhaften That jeder zur Nacheile verpflichtet. Schwabenspiegel c. 207 (Wackernagel): unde iaget man einen achter oder einen fridebrecher, den sol alles das nachjagen, das es sihet oder hoeret. Lassberg c. 253.

Meeres geführt. Man schlitzt ihm die Ohren, entmannt ihn und opfert ihn den Göttern, deren Tempel er geschändet, indem man ihn schliesslich, wie ich ohne Bedenken ergänze, in die See versenkt[1]. Es ist bisher noch nicht gelungen, das Rätsel zu lösen, welches diese Nachricht uns aufgibt. Denn es erscheint schlechterdings als unmöglich, dass unter fränkischer Herrschaft ein ostfriesisches Gericht, von einem königlichen Richter geleitet, ein Urteil auf Menschenopfer gefällt habe. Allein die Stelle lässt sich erklären, wenn wir sie auf den Fall der handhaften That beziehen. Diesfalls konnten die heidnischen Volksgenossen, die in der Nähe des Tempels wohnten, auf das Gerüfte hin herbeieilen und ohne Dingrichter und Dingurteil Justiz üben. Dass sie nach altem Brauche in heidnischer Weise geübt wurde, kann für Ostfriesland im neunten Jahrhundert nicht befremden. Vom Standpunkt des fränkischen Reichsrechtes war dies freilich Lynchjustiz, aber eine Lynchjustiz, welche die christlich-fränkische Verwaltung in dem oberflächlich christianisierten Lande nicht verhindern konnte, so dass sie als thatsächlich geübter Rechtsbrauch zum Gegenstande einer privaten Rechtsaufzeichnung wurde[2].

Die Abschwächung der Friedlosigkeit zur Verfestung unterblieb bei gewissen Unthaten. Das angelsächsische und, wie es scheint auch das angelwarnische Recht gestatten die Tötung des handhaften Diebes, ein Rechtssatz, der nachmals vereinzelt noch in deutschen Weistümern begegnet[3]. Die übrigen Rechte erlauben [78]
die Tötung nur bei handhaftem, qualifiziertem Diebstahl. Die Leges der Bayern, Sachsen, Westgoten und Burgunder lassen gleich den Zwölf Tafeln Roms die Tötung des nächtlichen Diebes zu. Bayern und Friesen durften den Dieb tödten, der sich unterhalb des Hauses durchzugraben versuchte. Das langobardische Recht hebt die Befugnis zur Tötung auch des nächtlichen Diebes auf,

---

[1] Lex Fris. Add. XI. Vgl. oben S. 450, Anm. 1.

[2] Ueber den Charakter der Lex Frisionum als einer Privatkompilation siehe mein Handbuch der deutschen Rechtsgeschichte I 344. Das Notgericht kennen bei handhafter That bekanntlich noch die sächsischen Rechtsbücher und kennt noch das Verfahren der westfälischen Freigerichte.

[3] Weistum von Strone an der unteren Mosel bei Grimm, Weistümer III 803: Ist der Mann also stark, dass er dem Diebe Arme und Beine entzweischlägt oder ihn an seinen First hängen mag, des hat er Macht und „nemant dar wider zo doin ader schaffen gedain werde“.

wenn er sich freiwillig ergibt, indem er die Hände zur Fesselung darreicht. [Nach friesischen und nordischen Quellen darf man den handhaften Brandstifter töten.] Endlich lebt allenthalben, wo die Abschwächung der Friedlosigkeit zur Verfestung sich durchgesetzt hatte, dass strenge Recht gegen den handhaften Verbrecher wieder auf und darf er von jedermann getödtet werden, wenn er sich der Festnahme widersetzt, nach manchen Rechten auch dann, wenn er sich ihr durch die Flucht zu entziehen sucht.

Der um handhafte That festgenommene Verbrecher durfte gebunden und geknebelt werden. Bei nicht handhaften Verbrechen war diese Befugnis nicht gegeben. Wie heute ein Mitglied eines parlamentarischen Vertretungskörpers nicht ohne Zustimmung der Volksvertretung, konnte damals der freie Mann, der nicht verfestet oder geächtet war, nur bei handhafter That in Haft genommen werden. Der Gebundene musste dem Richter überliefert werden. Das Verfahren, welches dann gegen ihn Platz griff, hat im Vergleich zum ordentlichen Rechtsgang den Charakter einer verhältnismässig formlosen und summarischen Strafjustiz, die gewissermassen noch die Eierschalen des Verfahrens gegen den Friedlosen an sich trägt. Nicht nur fällt das Erfordernis der Ladung, sondern auch das der rechtsförmlichen Klage aus. Schon die fränkischen Quellen stellen wie nachmals die holländischen und flandrischen Keuren den fur ligatus oder captus (deprehensus) dem accusatus, inculpatus (accla-
[79] matus) gegenüber [1]. Weil eine rechtsförmliche Klage fehlte, verschloss sich dem Angeschuldigten der Weg zur rechtsförmlichen Antwort und zum Beweise. Die Stelle der Klage ersetzte die Rechtfertigung der Festnahme und Bindung. Wie das fränkische Recht demjenigen, der den handhaften Verbrecher getötet hatte, die nachträgliche Rechtfertigung der Tötung durch Eid mit Helfern

[1] Pactus pro tenore pacis c. 2, Cap. I 4 ff.: si quis ingenuam personam per furtum ligaverit ...; c. 4: si quis ingenuus in furtum inculpatus fuerit ... (vgl. c. 5); c. 10: si quis cum furtu capitur ... si de suspectione inculpatur ... Chloth. praeceptio c. 3, Cap. I 18: si quis in aliquo crimine fuerit accusatus, non condemnetur penetus inauditus. Chloth. Ed. c. 22, Cap. I 23: neque ingenuus neque servus, qui cum furto non deprehenditur, ad iudicibus aut ad quemcumque interfici non debeat inauditus. Vgl. Leges Henrici I. 9, § 1: Omnes causae ... in manifestatione consistunt vel in accusatione; l. c. § 6: differt enim, si quid in actu vel in sola tihla consistat. Ueber die Unterscheidung der holländischen und flandrischen Quellen siehe Benneck e, Zur Geschichte des deutschen Strafprozesses, 1886, S. 81 ff.

auferlegte[1], so verlangte es auch von dem Urheber der Bindung, dass er zur Rechtfertigung derselben die Schuld des Gebundenen mit Eidhelfern beschwöre[2]. Während im ordentlichen Rechtsgange nur der Verletzte das Recht der Klage hat, braucht bei der handhaften That die Bindung und deren Rechtfertigung, der Schuldbeweis, nicht von dem Verletzten auszugehen. Die Bestrafung der handhaften That geschieht durch den Richter von Amts wegen, ohne dass ein wahrer Kläger da ist, der die Bestrafung verlangt[3]. Als Strafe wird die Todesstrafe verhängt, auch bei Verbrechen, welche sonst nicht mit dem Tode, sondern in anderer Weise, etwa durch Busszahlung, gesühnt werden, eine strafrechtliche Eigentümlichkeit, die sich nur daraus erklärt, dass die handhafte That als solche friedlos machte und die Bestrafung des Thäters sich als eine Vollstreckung der Friedlosigkeit darstellt[4].

Wie jeder aus dem Volke, hatte selbstverständlich auch der Richter und hatten seine Unterbeamten das Recht, den handhaften Missethäter zu fangen, zu binden und ihm den Prozess zu machen. Diesfalls scheint auch die Rechtfertigung der Bindung durch den [80] Ueberführungsbeweis entbehrlich gewesen zu sein. Wenigstens lassen ihn jüngere Quellen, und zwar nicht bloss in diesem Falle, völlig vermissen[5]. Die Verfolgungspflicht war auf seiten des öffentlichen Beamten Amtspflicht, nicht bloss allgemeine Unterthanenpflicht. Das Strafverfahren von Amts wegen, wie es in Frankreich und in Deutschland noch vor der Entwickelung und Aufnahme der fremdrechtlichen Prozessgrundsätze zur Ausbildung gelangte, hat seinen Ausgangspunkt in dem Verfahren bei handhafter That, also mittelbar in der Friedlosigkeit.

---

[1] Arg. Lex Rib. 77 (wo es sich um Ausübung des Racherechtes handelt), Form. Tur. 30, Carta Senon. 17.

[2] Mit zwölf Eidhelfern (medii electi) nach dem Pactus pro tenore pacis c. 2, mit sechs Eidhelfern nach Lex Rib. 41, 1. Vgl. Lex Rib. 79.

[3] Ganz deutlich sagen das altfranzösische Rechtsquellen. Compilatio de usibus Andegaviae c. 7: il est usaige et droiz que nul home ne doit estre pris sanz plaintif, se il n'est pris ou present ou juiges ne le prent par soupeçon. Viollet, Établ. III 118. Tel fet, sagt Beaumanoir, qui sont si apert, doivent être vengié par l'office du juge, tout soit que nus s'en face partie droitement. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France S. 49, Anm. 2.

[4] Konrad Maurer, Krit. Ueberschau III 56.

[5] Planck, Gerichtsverfahren II 155 zu Anm. 4 und 5. Bennecke a. O. S. 86 ff.

Im Anschluss an das Beweisverfahren bei handhafter That entwickelte sich — wie hier nicht näher ausgeführt zu werden braucht — im Gegensatz zu dem formalen Beweisrecht des ordentlichen Rechtsganges ein materielles Beweisverfahren, welches auf der Umwandlung der Eidhelfer des Schuldbeweises in eigentliche Zeugen beruhte[1]. Der technische Sinn des Wortes beweisen findet sich bekanntlich zuerst bei der leiblichen Beweisung der „scheinbaren", insbesondere der handhaften That[2].

Dass die Verbannung, das Exil, die Land- und Stadtverweisung sich als eine Milderung der Friedlosigkeit darstellt, ist schon von andern richtig erkannt worden. Die Friedlosigkeit, deren Beginn hinausgeschoben war, wirkte, wie oben S. 453 nach Wilda bemerkt wurde, thatsächlich als Verbannung. Das fränkische Königsrecht handhabte sie als selbständige Strafe neben der Fronung[3] oder ohne dieselbe. Die Dauer wird mitunter in das königliche Ermessen gestellt[4]. Wie bei der handhaften That die sofortige Tötung nur bedingt ausgeschlossen war, so wirkte auch die Verbannung nur als eine bedingte Milderung der Friedlosigkeit. Kehrte der Verbannte in die Heimat zurück, so that er es mit Gefahr seines Lebens; dann trat ipso iure die Friedlosigkeit in ihre vollen Wirkungen ein[5]. Nach den Satzungen des angelsächsischen Königs
[81] Aethelstan soll der Verbannte, der sich in der Heimat betreffen lässt, behandelt werden wie ein in handhafter That ergriffener Dieb, eine Umschreibung der Acht, welche bezeichnend ist für die ächtende Wirkung der handhaften That[6].

Auch die Einziehung des Vermögens, die Fronung, gelangt in fränkischer Zeit zu selbständiger Anwendung. Die Friedlosigkeit wird gewissermassen nur über das Vermögen verhängt, während die Person unberührt bleibt. Die Fronung findet sich bei den Franken in vereinzelten Fällen als selbständige Strafe[7], ebenso

---

[1] Holtzendorff, Encyklopädie, 5. Aufl., S. 269. Eschenburg, De delicto manifesto iure Saxonico, 1866, S. 66.

[2] Vgl. Homeyer, Richtsteig S. 478. Planck, Gerichtsverfahren II 148.

[3] Lex Rib. 69, 2.

[4] Cap. Lud. vom Jahre 818/9, c. 7, I 282.

[5] Vgl. oben S. 449 zu Anm. 2.

[6] Aethelstan IV, 3, pr.: (si unquam) obviet alicui in patria ista, sit tanquam fur inter manus habens inventus. Siehe noch Aethelstan V, 2.

[7] Cap. Pipp. I 31, c. 1. Cap. Haristall. c. 5, I 48, versio langob. Lex Alam. 39. Lex Baiuw. VII, 2.

nachmals die Wüstung. Von der weit bedeutsameren Rolle, die jene im Vollstreckungsverfahren spielte, wird noch unten die Rede sein.

3.

Milderungen und Abspaltungen der Friedlosigkeit vollzogen sich im Wege der Satzung oder der gewohnheitsrechtlichen Entwickelung. Sie konnten ferner vom König, dem obersten Organ der Friedensbewahrung, welches Frieden zu geben und Frieden zu nehmen berufen war, im einzelnen Falle angeordnet werden [1]. Auch mochte der König seinen Beamten ein für allemal vorschreiben, bei amtlicher Geltendmachung der Friedlosigkeit gewisse Milderungen eintreten zu lassen, z. B. statt der Todesstrafe eine verstümmelnde Leibesstrafe anzuwenden.

Eine Abschwächung der Friedlosigkeit führte regelmässig der Schutz des kirchlichen Asyls herbei. Der Verbrecher brauchte nur gegen Zusicherung des Lebens und der Glieder ausgeliefert zu werden. Die fränkische Gesetzgebung ersetzte in solchem Falle die Friedlosigkeit durch Verbannung, die westgotische durch Verknechtung. Nach einer angelsächsischen Rechtsaufzeichnung soll
der Verbrecher, der durch das Asyl das Leben gewinnt, in der [82]
Weise Gnade finden, dass er entweder das Wergeld zahlt oder ewiger Knechtschaft verfällt oder Gefängnis erduldet [2]. Bei Unthaten, welche unmittelbar gegen die Person des Königs gerichtet waren, stand es von vornherein in dem Belieben des Königs, wie weit er die Friedlosigkeit geltend machen wollte [3]. Das galt auch für den Fall der Infidelität, seit die Treue gegen das Gemeinwesen begrifflich zur Königstreue geworden war. Denn auf Infidelität stand nach Volksrecht Friedlosigkeit oder, in die fränkische Rechtssprache übersetzt, Verwirkung des Lebens und des Vermögens. Im fränkischen Reiche wurde die ungemessene Ausdehnung des Infidelitätsbegriffes der Anlass einer weitgehenden Zersetzung der Friedlosigkeit, welche geradezu als Ausbildung eines neuen Strafensystems bezeichnet werden kann.

Vermutlich im Anschluss an römische Sitte hatten die Unter-

---

[1] Vgl. Cap. Saxon. c. 10, I 72, woraus hervorgeht, dass dieses Recht des Königs in Sachsen keinesfalls ein unbeschränktes war.

[2] Schmid, Anhang IV, 16.

[3] Vgl. Lex Baiuw. II, 1.

thanen des fränkischen Reiches ihre Treupflicht durch einen Treueid zu bekräftigen. Er wurde für das fränkische Königtum das Mittel, den Kreis der Treupflichten über das volksrechtlich gegebene Mass hinaus zu erweitern. Durch eine Erläuterung, welche Karl der Grosse 802 über die durch den Treueid übernommenen Pflichten gab, dehnte er sie ins Grenzenlose aus. Der Treueid verpflichte nicht bloss zur Vermeidung von Hochverrat und Landesverrat, sondern schliesse u. a. in sich die Pflicht, die Gerechtigkeit zu fördern, das Recht nicht zu verkehren, Eingriffe in Fiskalgut zu vermeiden und ganz allgemein den Gehorsam gegen die königlichen Befehle. Selbstverständlich ging es nicht an, die Verletzung einer derart verflachten Treupflicht mit der volksrechtlichen Strafe des Treubruchs zu ahnden. Soweit der Treubruch sich überhaupt juristisch fassen liess, begründete er vielmehr eine arbiträre Strafgewalt des Königs, deren äusserste Grenze durch die Friedlosigkeit gegeben war.

Die vollen Konsequenzen, Tötung und Fronung, traten nur noch bei eigentlichen Majestätsreaten ein, wenn nicht der König die Todesstrafe etwa in Blendung oder in eine andre verstümmelnde
[83] Strafe umwandelte[1]. In minder schweren Fällen wurde dagegen Verbannung und Vermögensverlust oder nur jene oder dieser ausgesprochen oder endlich eine arbiträre Vermögensstrafe zur Anwendung gebracht, welche die fränkischen Tochterrechte unter den Grundsatz bringen, dass des Schuldigen gesamtes oder sein bewegliches Vermögen dem obersten Gerichtsherrn verfallen sei. Die Befugnis des fränkischen Königs, wegen infidelitas secundum suam voluntatem et potestatem zu strafen, heben die Kapitularien in einzelnen Fällen ausdrücklich hervor, so bei Eingriffen in das Königsgut[2], bei Missachtung des Königsbriefes[3], bei Verletzung königlicher Privilegien. Wie weit man die Gründe herzuholen wusste, um die Infidelität zu motivieren, zeigt ein Privilegium Karls des Kahlen für S. Vedast[4]. Wer es verletze, sagt Karl der Kahle,

[1] Man denke an Bernhard von Italien und an die Verschwörung des Hardrad. Waitz, VG. IV[2] 511.

[2] Cap. von 818/9, c. 20, I 285: pro infidele teneatur, quia sacramentum fidelitatis, quod nobis promisit, irritum fecit et ideo secundum nostram voluntatem et potestatem diiudicandus est.

[3] Cap. von 818/9, c. 16, I 284.

[4] Bouquet VIII 652.

secundum voluntatem et potestatem nostram diiudicetur, denn er sei infidelis. Karl habe die Kirche zu seinem Seelenheile begnadet. Es könne aber keine grössere Untreue geben, als wenn jemand durch Verletzung dieser Verfügung unser gegenwärtiges und zukünftiges Heil beeinträchtigt, nostrae saluti et praesenti et futurae contrarius extiterit.

Auf Grund seiner arbiträren Strafgewalt sicherte das spätkarolingische Königtum in einzelnen Fällen dem Schuldigen, der sich freiwillig stellte, die Anwendung einer rationabilis misericordia zu[1], ein Begriff, den die fränkischen Tochterrechte in eigentümlicher Ausgestaltung weiter entwickelten. Die französischen, flandrischen, normannischen und anglonormannischen Quellen haben für den, welcher der arbiträren Strafgewalt des Gerichtsherrn verfiel, den stehenden Ausdruck, er sei in misericordia, in potestate regis, ducis, en merci du roi, du seigneur[2]. Die Vermögensstrafen, die im Einzelfalle verhängt werden, stellen sich ursprünglich als der Preis dar, um welchen die königliche misericordia erkauft wird. In der Normandie und in England hiessen sie amerciamenta. [84]
Doch hat hier die Verwaltungspraxis für eine grosse Zahl von Fällen die arbiträre Festsetzung durch Ausbildung bestimmter Bussen, fester amerciaments, beseitigt[3]. In Deutschland wurde die arbiträre Strafgewalt des Königs aufgesogen durch den in den Kreisen des Beamtentums und des Lehnwesens ausgebildeten Begriff der königlichen Ungnade, nach welchem die Geldstrafe als ein Einkaufen in die verlorene Huld oder Gnade des Königs erscheint[4].

Der Rahmen der Infidelität wurde im Frankenreiche so weit gespannt, dass Verwirkung des Friedens durch Verbrechen, die mit der Treue gegen den König nichts zu thun haben, nichtsdestoweniger unter den Gesichtspunkt der Infidelität gestellt, das Wort infidelis zur Bezeichnung des Friedlosen verwendet wurde. So sagt ein Kapitular Karls des Grossen[5], wer einen latro be-

---

[1] Pertz, LL. I 471, c. 7; 445, c. 3 [Cap. II 156, c. 7, II 280, c. 3].

[2] Siehe z. B. die Belege bei Schmid, Gesetze der Ags. S. 632; Magna Charta c. 20; Reeves-Finlason, Hist. of the English Law I 280; Waitz, VG. VI 465, Anm. 2.

[3] Mirrour of justices ch. 4, section 25. 26.

[4] Vgl. Waitz, VG. VI 464 ff.

[5] Cap. I 156, c. 2.

herberge, solle quasi latro et infidelis verurteilt werden, quia qui latro est, infidelis est noster et Francorum et qui illum suscipit, similis est illi.

4.

Die Vergleichung der germanischen Rechtsquellen lässt auf einen Rechtszustand zurückschliessen, welchem jedes gerichtliche Vollstreckungsverfahren fremd war, so dass als Zwangsmittel im Rechtsgang nur die aussergerichtliche Pfandnahme des Gläubigers und die Friedloslegung zur Verfügung standen. Das fränkische Recht gliederte dem ordentlichen Gerichtsverfahren zunächst eine amtliche Exekution ein, welche in der Form der richterlichen Pfändung erfolgte[1]. Sie versagte aber hinsichtlich der Liegenschaften. Diese vermochte nur eine vom König ausgehende Fronung zu erfassen, welche als Folge einer über Person und Vermögen oder über das Vermögen allein verhängten Friedlosigkeit geltend gemacht wurde.

[85] Seit den Anfängen der karolingischen Zeit sehen wir, wie die Fronung unter dem Namen missio in bannum regis als Zwangsmittel von den Grafen gehandhabt wird mit dem Charakter einer provisorischen Einziehung des Vermögens, welche zu endgültiger Konfiskation führte, wenn der Eigentümer das Gut nicht binnen Jahr und Tag durch Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Banne zog. Kapitularien Ludwigs I. regelten die missio in bannum regis dahin, dass das eingezogene Gut in erster Linie zur Befriedigung des Klägers zu verwenden sei, während früher der König von Fall zu Fall über das Schicksal der gefronten Liegenschaften bestimmt hatte. Auf die Fronung konnte durch Urteil der Schöffen erkannt werden. Damit war sie zur organischen Form der gerichtlichen Immobiliarexekution geworden. Dass und wie aus der missio in bannum regis das Friedewirken bei der Auflassung und das Institut der rechte Gewere sich herleiten, darf auf Grund neuester Untersuchungen als bekannt vorausgesetzt werden[2]. Auf einer Nachbildung der Zwangsvollstreckung in

[1] [Ueber den Zusammenhang, der nach einzelnen Rechten zwischen der richterlichen Pfändung der Fahrhabe und der Friedlosigkeit besteht, habe ich mich D. RG. II 452 ff. ausgesprochen.]

[2] Sohm, Z. f. RG. germ. Abt. I 55 ff. H. Brunner ebendaselbst IV 237 ff. Heusler, Institutionen d. deutschen Privatr. II 107 f.

Liegenschaften beruht aber die sogen. jüngere Satzung. Sie stellt sich, wie von Meibom überzeugend ausführte [1], als eine Verpfändung von Grundstücken zu Exekutionsrecht dar, d. h. als eine Verpfändung, durch welche der Schuldner dem Gläubiger an dem verpfändeten Gute vertragsmässig für den Fall des Verzugs dieselben Rechte einräumt, die ein Gläubiger besitzt, der ein Urteil auf Zahlung und die Fronung des Grundstücks erwirkt hat [2]. Der Satzungsgläubiger ist daher bei Verzug des Schuldners von vornherein in der Rechtslage, als wäre das Gut bereits gefront worden, so dass er nur noch das zweite Stadium des Vollstreckungsverfahrens, die Befriedigung aus dem Pfandobjekte, zu erwirken hat.

Das deutsche Vertragsrecht hatte den eigentümlichen, bisher [86] noch nicht genügend beachteten Grundsatz, dass der freie Wille der Kontrahenten bei Abschluss von Verträgen für den Fall des Vertragsbruchs sich sämtlichen oder einzelnen Rechtsnachteilen unterwerfen konnte, welche die Pandorabüchse der Friedlosigkeit in sich schloss. Es kam vor, dass die Kontrahenten erklärten, friedlos sein zu wollen, wenn sie den Vertrag nicht hielten. Schuldverschreibungen bei Strafe der Reichsacht sind in Deutschland noch während des sechzehnten Jahrhunderts nicht selten. Die lex contractus durfte also durch den Willen der Vertragsparteien zur lex sacrata gestaltet werden, jede derselben für den Fall der Verletzung — um im Vergleich mit den römischen leges sacratae zu bleiben — das sacer esto gegen sich selbst aussprechen. Wie die weltliche konnte auch die geistliche Acht zur Vertragsstrafe erhoben werden. Im vierzehnten Jahrhundert finden wir sogar Inhaberpapiere mit der Exkommunikationsklausel, laut welcher jeder Inhaber der Urkunde die Exkommunikation des vertragsbrüchigen Kontrahenten verlangen konnte [3]. Die verschiedenen Vertragsstrafen durchlaufen die ganze Stufenleiter von der vollen Friedlosigkeit bis zu ihren schwächsten Abspaltungen herab [4]. Der Schuldner setzt

---

[1] v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, 1867, S. 402 ff. Vgl. über die verwandte obligation des französischen Rechtes Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, 1879, S. 4 ff. Sohm, Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Ztschr. für das öff. u. Privatrecht der Gegenwart V 15 ff.

[2] Holtzendorffs Encyklopädie I⁵ 276.

[3] H. Brunner, Das französische Inhaberpapier S. 34.

[4] Reiches Material zur Geschichte des älteren Schuldrechts hat Kohler,

seine Person, seine Person und sein Vermögen, sein Vermögen oder ein bestimmtes Stück davon als Sicherheit ein. Der Schuldner verspricht, sich bei Vertragsbruch enthaupten zu lassen. Er verpfändet seine Gliedmassen oder, wie der Kaufmann von Venedig, ein Pfund seines eigenen Fleisches. Er erklärt sich für recht und ehrlos, wenn er den Vertrag nicht halte. Oder er will dem Gläubiger verfallen sein, so dass dieser mit ihm machen könne, quicquid voluerit. Der Kontrahent gibt seine Freiheit preis als Spieleinsatz, wie die Germanen des Tacitus, oder als Pfand der Vertragstreue bei der Unterwerfung unter den Sieger, wie das
[87] Volk der Sachsen, welches 777 Karl dem Grossen Freiheit und Eigentum durch rechtsförmlichen Vertrag für verfallen erklärte, wenn es sich wiederum empören würde [1]. Der vertragsmässige Verlust der Freiheit konnte in dauernder oder zeitweiliger Knechtschaft [2], in Schuldhaft oder in der Geiselschaft des Einlagers bestehen.

Den vertragsmässigen Abspaltungen der Friedlosigkeit, und zwar der vermögensrechtlichen, reiht sich die jüngere Satzung ein als Nachbildung der aus der Friedlosigkeit des Gutes erwachsenen Immobiliarexekution. Der Zusammenhang mit dieser zeigt sich darin, dass die Befriedigung des Gläubigers auf gerichtlichem Wege erfolgt durch den letzten Akt des gemeinen Exekutionsverfahrens, indem das Gericht das Pfandobjekt dem Gläubiger übereignet oder es veräussert, um ihn aus dem Erlöse zu befriedigen. Bekanntlich ist das Erfordernis gerichtlicher Veräusserung das massgebende Merkmal, durch welches sich die Geltendmachung der heutigen Hypothek von der Realisierung der römischen Hypothek unterscheidet. Der Hypothekargläubiger hatte nach römischem Rechte die Befugnis des freihändigen Privatverkaufs, nach heutigem Rechte hat er sie nicht. Mit gutem Grunde wird daher das moderne

---

Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883 zusammengestellt und verarbeitet. Doch glaube ich die effektvollen Pinselstriche seines buntfarbigen Gemäldes durch den monotonen Hintergrund der Friedlosigkeit abtönen zu müssen.

[1] Annales Laur. mai. zum Jahre 777, SS. I 158: et secundum morem illorum omnem igenuitatem et alodem manibus dulgtum fecerunt (mit Fingern und Zungen), si amplius inmutassent.

[2] Wie weit die Verknechtung unter den historischen Rahmen der Friedlosigkeit fällt, wird unten ausgeführt werden.

Buchpfand als geschichtliche Fortbildung der jüngeren Satzung betrachtet[1]. Wer eine Hypothek auf sein Grundstück legt, gibt dem Gläubiger das Recht, nötigenfalls die Schuldsumme durch das Gericht aus dem Grundstücke exequieren zu lassen. Aehnlich wirkte die jüngere Satzung, die Verpfändung zu Exekutionsrecht. Da aber die Immobiliarexekution, von welcher die jüngere Satzung ihre Realisierbarkeit erborgte, eine Tochter der fränkischen missio in bannum, diese wieder eine Abspaltung der Friedlosigkeit ist, so steht die historische Abkunft der modernen Hypothek aus der germanischen Friedlosigkeit ausser Zweifel. Mag die vergleichende Rechtsgeschichte die römische Hypothek aus dem ägyptischen Rechte herleiten, der Stammbaum des modernen Grundpfandes führt uns in die germanischen Urwälder, auf das Institut der Friedlosigkeit [88] zurück.

5.

Der Verlust der Freiheit fällt nur zum Teil unter die Abspaltungen der Friedlosigkeit. Er besteht in Verknechtung oder in Haft. Die Verknechtung, welche hier als Ausgangspunkt der Untersuchung dienen möge, ist entweder durch Rechtssatz gegeben, und zwar durch Rechtssätze des Strafrechts oder des Prozessrechts, oder sie ist vertragsmässige Verknechtung, Selbstverknechtung oder Verknechtung durch einen Gewalthaber. Unter den Gesichtspunkt der Verknechtung stellen einige Rechte die rechtliche Lage des Schuldigen, welcher der unbeschränkten oder der beschränkten Willkür des Verletzten oder des Gläubigers preisgegeben wird. Da auch sonst die Linien dieses Rechtszustandes und die der Verknechtung vielfach in einander laufen, dürfte hier eine gemeinsame Behandlung beider Rechtsinstitute angemessen sein.

Die Verknechtung, die durch einen Rechtssatz des Strafrechts gegeben ist, nennt man Strafknechtschaft. Sie ist nur einzelnen Stämmen bekannt, so den Burgundern, den Langobarden, den Angelsachsen, den Alamannen und Bayern, den Westgoten und (nicht ausnahmelos) den Nordgermanen[2] [vermutlich auch den Sachsen]. Dagegen schliesst sie das fränkische Recht grundsätzlich aus.

---

[1] Siehe Sohm a. O. S. 22.

[2] Dem norwegischen, isländischen und dänischen Rechte.

Burgunder und Langobarden überliefern der Strafknechtschaft unter gewissen Voraussetzungen die Frau, die sich mit einem Knechte verbindet. Zunächst haben die Verwandten die Befugnis, sie zu töten, nach langobardischem Rechte auch, sie ins Ausland zu verkaufen. Unterlassen sie dies, so wird sie dem Fiskus verknechtet [1]. Dass die Verknechtung hier aus einer qualifizierten Friedlosigkeit des Weibes hervorging, zeigt die Vergleichung mit dem westgotischen [2] und mit dem salischen Rechte [3].

[89] Fiskalische Verknechtung steht nach manchen Rechten auch auf das Verbrechen der Blutschande. Das burgundische Recht verknechtet deshalb nur die Frau; der Mann zahlt Wergeld und Brüche [4]. Bei den Alamannen und Bayern werden Mann und Frau Strafknechte des Fiskus nur, wenn sie minores personae sind, d. h. kein oder ein bescheidenes Vermögen haben [5]. Dagegen trifft maiores personae die Einziehung des Vermögens [6]. Das ribuarische Volksrecht droht Verbannung und Vermögenseinbusse [7]. Fränkische Kapitularien kennen nur diese. Bei freien Leuten aber, die kein Vermögen haben, das eingezogen werden könnte, wird die Fronung durch Einkerkerung ersetzt (mittatur in carcere usque ad satisfactionem). Falls trotz der Fronung das blutschänderische Verhältnis nicht aufgegeben wird, greift der mezibann Platz [8]. Einen abweichenden Standpunkt nimmt das Gesetz Childeberts II. von 596 ein. Es bedroht einen schweren Fall der Blutschande mit dem Tode, leichtere Fälle mit Verbannung vom Königshofe und mit Ver-

---

[1] Rothari 221. Vgl. Roth. 193. Liu. 24. Ra. 6. Lex Burg. 35, 2. 3.

[2] Die Lex Wisigothorum statuiert zunächst den Feuertod, für den Fall des Asylschutzes die Verknechtung.

[3] Nach Lex Salica 70 wird die Freie, die sich mit dem eigenen Knechte verbindet, aspellis (extra sermonem). Es steht ihren Verwandten und nur diesen frei, sie zu töten. Andererseits ist es verboten, sie zu hausen und zu hofen, und verfällt ihr Vermögen dem Fiskus. Die Ehe einer Freien mit einem fremden Knechte führt nach fränkischem Rechte zwar zur Verknechtung; doch ist das nicht Strafknechtschaft, sondern rechtliche Folge einer erlaubten Geschlechtsverbindung.

[4] Lex Burg. 36.

[5] Lex Alam. 39. Lex Baiuw. VII, 2. 3.

[6] Roth. 185 begnügt sich mit der Fronung des halben Vermögens der Frau. Der Mann büsst 100 Solidi.

[7] Lex Rip. 69, 2.

[8] Cap. Pipp. I 31, c. 1.

wirkung des Vermögens. So zeigt uns die rechtliche Behandlung des Incestes eine ganze Reihe von Abspaltungen der Friedlosigkeit, nämlich Verlust der Freiheit in der Form der Verknechtung, in der Form der Haft, Einziehung des Vermögens, Metebann, Verbannung und Todesstrafe.

Das ältere angelsächsische Recht setzte Strafknechtschaft auf Entheiligung des Sonntags [1]. Durch die Vermittelung britischer Missionäre [2] drang dieser Rechtssatz auch in das alamannische Recht [3] und von hier aus in das bayrische Recht ein. Mit dem [90]
burgundischen Rechte hat das angelsächsische gemein, dass Frau und erwachsene Kinder verknechtet werden, wenn der Ehemann, bezw. der Vater mit ihrem Wissen gestohlen hat [4].

Die angelsächsische Rechtssprache nennt denjenigen, welcher um eine Missethat in Knechtschaft fiel, wîteþeôw, Strafknecht [5]. Der wîteþeôw kann zwölf Monate hindurch von seinen Verwandten ausgelöst werden. Lösen sie ihn nicht aus, so haben sie keinen Anspruch auf Wergeld, falls er vom Herrn oder von einem Dritten getötet wird. Der entlaufene Strafknecht wird gehenkt, ohne dass man ihn seinem Herrn zu entgelten braucht. Für Unthaten, die er während der Knechtschaft begeht, leidet er knechtische Strafe. Wie Urkunden des zehnten Jahrhunderts ersehen lassen, konnte der wîteþeôw freigelassen und veräussert werden. Strafhörige auszulösen empfiehlt Aethelstan seinen Unterthanen als ein Werk der Barmherzigkeit. Gelegentlich wird Diebstahl als ein Entstehungs-

---

[1] Ine 3, § 2: þolie his freôtes. Edward und Guthrum c. 7: þolie his freôtes odđe gyldye wîte odđe lahslite. Knut II, 45, § 1 kennt nur noch Geldbusse.

[2] Vgl. H. Brunner, Alter der Lex Alam. S. 164 (Berliner Sitzungsberichte 1885).

[3] Lex Al. 38: ubi dux ordinaverit, in servitio tradatur. Lex Baiuw. App. 1: perdat libertatem suam et sit servus, qui noluit in die sancto esse liber. Beide Rechte lassen die Verknechtung erst bei wiederholtem Rückfall eintreten.

[4] Lex Burg. 47, 1. 2. Ine 7, § 1. Knut II, 76, § 2.

[5] Zu den bekannten Belegstellen: Ine 24. 48. 54, § 2, Aethelstan II, 1 kommen die Urkunden Kemble nr. 593 (965—975), worin der Aussteller anordnet, freizulassen æ̂lcne wîteđeôwne man on ælcum đæra landæ đæ ic mînon freôndon bæcweddon habbæ; und Kemble nr. 1079 (902): đonne wêron đær þreô wîteþeôwe men bûrbærde and þreô þeôwbærde (drei als Bauern, drei als Knechte geborene), đa me salde bisceop and đa hiwan tô ryhtre æ̂chta and hire teâm. Bei De Gray Birch, Cartularium Saxonicum II 252.

grund der Strafknechtschaft erwähnt. Jedenfalls muss sie häufiger eingetreten sein, als aus den angelsächsischen Gesetzen erhellt. Theodors Beichtbuch setzt sie nicht bloss bei Diebstahl, sondern auch bei Unzuchts- und andern Verbrechen voraus [1]. Auch der schuldige Knecht, welchen der Herr dem Verletzten wegen einer Missethat auslieferte, galt für einen wîteþeôw [2].

[91] Verknechtung des todeswürdigen Verbrechers kennt das bayrische Recht, welches im übrigen die Zwangsverknechtung um Buss- und Vertragsschuld ausdrücklich ausschliesst, aber die Selbstverknechtung gestattet [3].

Uebermässigen Gebrauch macht die Lex Wisigothorum von der Verknechtung [4]. Sie tritt als Exekution bei Zahlungsunfähigkeit des Buss- und Vertragsschuldners ein, ausserdem als Strafe, und zwar entweder als prinzipale Strafe oder als Strafmilderung, wenn der todeswürdige Verbrecher den Schutz des Asyls erreicht hat. Wo sie angedroht wird, ist es stehende Wendung: dass der Schuldige dem Verletzten in potestate serviturus tradatur oder in potestate tradatur. Den dadurch begründeten Rechtszustand erläutern die Zusätze: ut de eo quod voluerit faciendi habeat potestatem, ut quod de eis facere voluerit, in eius proprio consistat arbitrio, ut de eo quod facere voluerit, sui sit incunctanter arbitrii. In einzelnen Fällen wird die diskretionäre Gewalt des Herrn beschränkt und näher bestimmt. Er soll den Knecht haben excepto mortis periculo, salvis tantum animabus oder vita tantum concessa. Bei der Verknechtung um Ehebruch wird zwar die Tötung ausgeschlossen, aber das Recht der Verstümmelung und Geisselung ausdrücklich betont: tradendi sunt servituri salvis tantum animabus . . . ea tamen quae in detruncatione vel flagello corporis in eis impertire voluerint, licentiam . . . decernimus [5]. Soweit die Wirkung des Asylrechts die Todesstrafe durch Verknechtung ersetzte,

---

[1] Paenit. Theodori II, 12, § 8 bei Wasserschleben, Bussordnungen S. 214: Maritus si se ipsum in furtu aut fornicatione servum facit vel quocunque peccato, mulier . . . habeat potestatem post annum (nach Ablauf der Auslösungsfrist) alterum accipere virum.

[2] Nur so vermag ich mir die drei þeôwbærde in Kemble nr. 1079 als wîteþeôwe zu erklären.

[3] Lex Baiuw. VII, 4; vgl. I, 10.

[4] Dahn, Westgotische Studien S. 199 ff.

[5] Lex Wisig. III, 4, 13.

schloss diese die Tötungsbefugnis von jeher aus. Seitdem König Chindasuinth dem Herrn das Recht über das Leben des Knechtes genommen hatte, war es auch in der Strafknechtschaft nicht mehr enthalten. Die Hingabe in die unbeschränkte Willkür des Verletzten konnte von nun ab nicht mehr unter den rechtlichen Gesichtspunkt der Verknechtung gestellt, sondern musste in andern Wendungen zum Ausdruck gebracht werden [1]. Die Fälle, in welchen nach westgotischem Rechte Strafknechtschaft eintritt, führen, wenn wir die übrigen germanischen Rechte zur Vergleichung heranziehen, [92]
in letzter Linie auf allgemeine Friedlosigkeit [2] oder auf eine Strafgewalt des Hausherrn oder der Sippe oder auf ein Recht der Rache und Fehde zurück. Soweit das Racherecht im Hintergrunde lauerte, hat sich die Verknechtung nicht unmittelbar an dessen Stelle gesetzt, sondern ist demselben zunächst begriffliche Friedlosigkeit zur Seite getreten, und zwar in der Weise, dass der Friedlose von Amts wegen in die Gewalt des Verletzten ausgeliefert wurde [3]. Diese Auslieferung geschah in der Form der richterlichen addictio und wurde, so lange die Gewalt des Herrn über die Knechte eine rechtlich schrankenlose war, als Verknechtung aufgefasst. Auch wenn die Tötungsbefugnis nicht direkt ausgeschlossen war, mochte der Verletzte, von der Rache absehend, den ausgelieferten Verbrecher gleich seinen übrigen Knechten zu knechtischen Diensten verwenden.

Andre Rechte geben zwar den Schuldigen in gewissen Fällen der willkürlichen Tötung und Misshandlung des Verletzten preis, dem jener überliefert wird, betrachten aber dieses Verhältnis nicht als Knechtschaft, offenbar weil Handlungen, wie sie der Rächer vollziehen mochte, der thatsächlich geübten Behandlung der Knechte nicht entsprachen. Doch hat sich nach manchen Rechten im Laufe

---

[1] Vgl. Lex Wisig. VII, 3, 3 (Reckessuinth): patri aut matri fratribusque si fuerint sive proximis parentibus in potestate tradatur, ut illi occidendi aut vendendi eum habeant potestatem.

[2] Die Friedlosigkeit als solche ist der Lex Wisigothorum unbekannt und durch ihre Abspaltungen, Todesstrafe, Vermögenseinbusse, Verbannung, Verknechtung und Hingabe in potestatem völlig aufgesogen. Ob sie im Rechtsleben ebenso wie in der Lex verschwunden war, darf angesichts des Wiederauflebens der Friedlosigkeit in den spanischen Fueros bezweifelt werden.

[3] So dürfte der Zwiespalt zwischen Dahn, Studien S. 199 und Bethmann-Hollweg, Civilprozess, I 226 zu erledigen sein.

der Entwickelung die Hingabe in die Willkür des Verletzten zur Hingabe in normale Knechtschaft abgeschwächt, während sie nach andern hauptsächlich den Zweck hat, den Schuldigen zur Selbstverknechtung zu veranlassen.

Der Ausgangspunkt der Preisgebung des Missethäters ist entweder reine Friedlosigkeit oder eine durch das Racherecht modifizierte Friedlosigkeit. Es ist bekannt, dass das älteste Recht dem
[93] Verletzten oder seiner Sippe in gewissen Fällen ein Recht der Rache gewährt. Die Rache mag er sich im Wege der Selbsthilfe, der Fehde suchen. Doch kann er die Selbsthilfe verschmähen und Wergeld oder Busse einklagen. Der Missethäter, der das dem Kläger zuerkannte Wergeld, die zuerkannte Busse nicht bezahlt, verfällt der Friedlosigkeit. Allein diese Friedlosigkeit ist insofern eine modifizierte, als der Schuldner dem Gläubiger zur Racheübung ausgeliefert oder überlassen wird. Manche Rechte statuieren in gewissen Fällen die Preisgebung nicht erst im Fall der Nichterfüllung des Anspruchs auf Sühngeld, sondern überliefern, ohne dass auf Busse erkannt worden wäre, den Missethäter sofort der diskretionären Gewalt des Verletzten. So das westgotische, gelegentlich auch das langobardische Recht.

Wie die Auslieferung des Missethäters an den Verletzten von der Friedlosigkeit ihren Ausgang und in exekutiver Schuldknechtschaft ihr Ende nahm, lässt das langobardische Recht an der Bestrafung des Diebstahls deutlich erkennen. Es setzt bekanntlich auf grossen Diebstahl neunfachen Ersatz. Ist solcher Diebstahl handhaft, so verfällt der Dieb der Friedlosigkeit und damit dem Tode[1]. Er ist, wie die langobardische Rechtssprache sagt, fegangi, ein Wort, welches wohl als fehgangi, von ahd. fêh, ags. fâh, fries. fach, inimicus, zu erklären ist. Die Friedlosigkeit ist aber, wenigstens seit Rothari, eine sühnbare. Der Dieb kann sich um 80 Solidi daraus lösen[2]. Diese 80 Solidi sind streng genommen nicht compositio, sondern Preis für den Loskauf aus der Friedlosigkeit. Von dem fegangi, der nicht ausgelöst wird, heisst es noch bei Rothari: animae suae incurrat periculum, occidatur[3]. Jedoch schon Liut-

[1] Wilda, Strafrecht S. 872 f. Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden S. 118 ff.

[2] Rothari 253. Ueber die Lesart sit fegangi siehe Boretins, LL. V 363, Anm. 56.

[3] Rothari 253. 254. Vgl. Ine 12.

prand 80 bestimmt, dass der Richter den Dieb, der den Diebstahl nicht zu sühnen vermag, dem Bestohlenen übergebe, et ipse de eo faciat quod voluerit. Hinsichtlich des Knechtes, dessen Lage durch die Hingabe an einen andern Herrn rechtlich nicht verschlechtert werden konnte, verordnet Liutprand, dass zunächst sein Herr ihn auslösen oder tödten solle. Wenn er beides unterlässt, so mag ihn der Bestohlene töten. Wenn auch dieser ihn nicht tötet,
so nehme der Fiskus den Knecht und verfahre mit ihm, wie der [94]
König befiehlt[1]. Dauerndes Recht ist diese Satzung nicht geblieben. Denn ein jüngeres Gesetz Liutprands normiert die Frist zur Auslösung von Aldien und Knechten auf 30 Tage. Löst sie der Herr bis dahin nicht aus, so sind sie feganges et habeat eos (der Bestohlene) in transacto, d. h. sie sind ihm endgültig verfallen[2]. Einen weiteren Schritt vollzog eines der jüngsten Gesetze Liutprands[3]. Es verwandelte das faciat quicquid voluerit in Knechtschaft, indem es bestimmte, dass der Missethäter, welcher Diebstahl, adulterium oder scandalum nicht zu büssen vermag, dem Verletzten zu übergeben sei, et ipse eum habeat pro servo[4]. Damit wird das Los des Verbrechers von Rechts wegen dem der geborenen oder durch Rechtsgeschäft erworbenen servi gleichgestellt. Das occidatur Rotharis ist hinsichtlich des Diebes beseitigt. Das faciat de eo quod voluerit findet seine Beschränkung in der durch die Sitte gebotenen Behandlung der Knechte. Denn „die Grenze der dem Herrn erwachsenden Rechte zieht nicht der abstrakte Eigentums- oder Sachenbegriff, sondern die gute Gewohnheit“[5].

[1] Liu. 64.

[2] Liu. 147. Die Formel dazu setzt voraus, dass er sie als Knechte behandelt (vgl. die wîteþeôwe þeôwbærde der Angelsachsen). Das Wort fegangi wird in verwandtem Sinne für das wegen Nichteinlösung verfallene Pfand gebraucht.

[3] Liu. 152.

[4] Vgl. Ahist. 22: nam si pro furto aut pro alia malitia ... ad deserviendum in manus datus fuerit ... deserviat. Ein urkundliches Beispiel der Verknechtung, auf welches bereits Schröder, RG. S. 367 hinwies, bietet Codex Cavensis nr. 106, vom Jahre 894 [Hübner nr. 814]. Der Beklagte wird wegen Notzucht zur Hochbusse von 900 Solidi verurteilt. Als er sie wetten soll, erklärt er sich für zahlungsunfähig. Das Gericht veranlasst ihn, sich und sein Vermögen der Klägerin und dem Fiskus zu tradieren.

[5] So über den Freiheitsverlust im römischen Rechte Mommsen, Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat, Berl. Festgabe für Beseler, S. 261, Anm.

Die Verknechtung ist nach Liutprand eine dauernde, wenn die compositio mehr als 20 Solidi beträgt, eine zeitlich beschränkte, wenn sie geringer ist; denn dann wird der Schuldner dem Gläubiger übergeben pro servo in eo ordine, ut serviat ei tantos annos, ut ipsa culpa redimere possit. Es leidet keinen Zweifel, dass die Verknechtung um Bussschuld im langobardischen Rechte schliess-
[95] lich als exekutive Schuldknechtschaft aufgefasst wurde, wie denn die langobardische Jurisprudenz sie ohne Bedenken auch auf Vertragsschulden ausdehnte[1]. Von Hause aus aber werden wir die Verknechtung als Strafe aufzufassen haben, soweit bei Diebstahl die Lösungssumme von 80 Solidi in Betracht kam, die freilich schon unter Liutprand als compositio behandelt worden sein dürfte[2], und soweit vormals bei Nichtzahlung der eigentlichen compositio die Hingabe in die Willkür des Gläubigers eintrat.

Dieselbe Entwickelung lässt sich im langobardischen Rechte an bestimmten Verbrechen verfolgen, bei welchen ursprünglich das Leben des Verbrechers dem Verletzten verfallen war, während eine mildernde Gesetzgebung jenem gestattete, sich durch Zahlung seines Wergeldes zu lösen. Nur wenn er insolvent war, griff seitdem zunächst die Uebergabe in die Hand des Verletzten, später aber normale Verknechtung ein. Wer gewisse unzüchtige Handlungen gegen eine Ehefrau begeht, verwirkt nach Liutprand 121 sein Wergeld[3] an den Ehemann. Kann er es nicht zahlen, tunc publicus debeat (eum) dare in manu mariti . . . et ipse in eum faciat vindictam in disciplinam et in vindicionem nam non in occissionem aut in semationem. Erfolgte die Hingabe des Schuldigen nach dieser Stelle nur noch mit der Beschränkung, dass er zwar gezüchtigt und verkauft, aber nicht getötet oder verstümmelt werden durfte, so wurde er seit Liutprand 152 einfach verknechtet[4]. Hinsichtlich eines falschen Zeugen, der nicht in der Lage war, sich durch sein Wergeld auszulösen, bestimmte Liutprand 63 von vornherein: publicus debeat dare (eum) in manum eius, cui culpam fecit, et ipse ei deserviat sicut servus.

---

[1] Expositio zu Liu. 151.

[2] Vgl. Liutprand 121, wo die Zahlung des eigenen Wergeldes (ursprünglich Erkaufung des Lebens) als compositio erscheint.

[3] Als Ersatz für die verwirkte Persönlichkeit. Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden S. 16.

[4] Vgl. die Glossen und die Expositio zu dieser Stelle, LL. IV, 460.

Dagegen hat das langobardische Recht den peinlichen Charakter der traditio in manus festgehalten in Fällen, wo sie nicht bei Insolvenz, sondern als prinzipale Strafe eintrat. Liutprand 130: Wer eine Ehefrau mit Wissen des Mannes beschläft, fiat traditus in manus ad parentis ipsius mulieris. Hatte der Ehebruch ohne Wissen des Mannes stattgefunden, so wurde der Ehebrecher dem Manne tradiert, der gemäss Rothari 212 das Recht hatte, ihn zu [96] töten. Ratchis 10: Wer einen andern fälschlich eines Kapitalverbrechens anklagt, fiat ei datus in manus cum rebus suis et faciat de eo quod voluerit. Eine Mittelstellung nimmt Liutprand 20 ein. Der Totschläger verwirkt sein ganzes Vermögen an die Verwandten des Erschlagenen. Beträgt es aber nicht mehr als das Wergeld des Erschlagenen, res suas perdat ... et persona eius tradatur ad propinquos defuncti[1].

Auch das burgundische Recht kennt die Auslieferung des insolventen Missethäters an den Verletzten. So heisst es Lex Burgundionum 12, 3 von dem Frauenräuber, der die Busse nicht zahlen kann, puellae parentibus adsignetur, ut faciendi de eo quod ipsi maluerint habeant potestatem.

Eine hervorragende Rolle spielt die Ueberantwortung des zahlungsunfähigen Bussschuldners an den Gläubiger im fränkischen Rechte. Die Lex Salica setzt sie in dem berühmten Titel de chrenecruda voraus. Der Wergeldschuldner, der die gelobte Schuld nicht zahlen kann, wird von dem Gläubiger viermal gerichtlich ausgeboten, ob sich nicht jemand finde, der für ihn bezahlen wolle. Findet sich niemand, so haftet er mit Leib und Leben, de vita componat. Das heisst, er wird dem Gläubiger überlassen, von dem es abhing, ob er ihn töten oder als Knecht behandeln wolle[2]. War kein Erfüllungsversprechen abgegeben, so stand nach älterem Recht nur die förmliche Friedloslegung zur Verfügung, falls die Verwandten des Getöteten die gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen hatten.

Das Edikt Chilperichs beschränkte das Erfordernis förmlicher Friedloslegung auf den Fall, dass es nicht gelang, des Verbrechers

---

[1] [Die Expositio zu dieser Stelle, LL. IV 417 rät daher den Eltern, die ihren Sohn von der Verknechtung wegen Totschlags befreien wollen (a propinquorum servitio liberare), dafür zu sorgen, dass er den vollen Betrag des Wergeldes des Getöteten und ausserdem wenigstens den Wert eines Obolus in seinem Vermögen habe.]

[2] Waitz, Altes Recht S. 178.

habhaft zu werden[1]. Zunächst hat nämlich der Graf, mag nun die Bussschuld gelobt worden sein oder nicht, die Pflicht, sich der Person des Schuldigen im Anschluss an die ergebnislose Auspfändung zu bemächtigen. Der insolvente Missethäter ist dann per tres mallos seinen Verwandten zur Lösung anzubieten. Nach vergeblichem Aufgebotsverfahren wird er vor den König gebracht,
[97] der ihn dem Verletzten ausliefern lässt. Nos ordinamus, cui malum fecit, tradatur in manu et faciant exinde quod voluerint[2]. Sicherlich ist die diskretionäre Gewalt des Gläubigers später im fränkischen Rechte abgeschwächt worden wie in den verwandten Rechten. Doch sind wir über das Mass dieser Abschwächung, da es an Quellenaussprüchen fehlt, auf blosse Vermuthungen angewiesen. Wahrscheinlich wurde der Schuldner dem Gläubiger an Pfandesstatt übergeben, so dass er ihn weder töten, noch verstümmeln, noch verkaufen, wohl aber in strenger Haft halten und misshandeln konnte[3]. Dagegen ist eine Verknechtung von Gerichts wegen bestimmt nicht erfolgt, womit es zusammenhängt, dass die in Betracht kommenden Quellen der nachfränkischen Zeit zwar die eigentliche Schuldhaft, aber keine exekutive Schuldknechtschaft aufweisen[4]. Wo die fränkischen Quellen von Verknechtung sprechen, ist freiwillige, ist Selbstverknechtung gemeint.

Nach älterem fränkischen Rechte war der Gläubiger nicht genötigt, sich auf Selbstverknechtung des insolventen Schuldners einzulassen. Erst karolingische Kapitularien stellen sie als ein Recht des Schuldners dar, und zwar muss der Gläubiger sich mit einer Verknechtung begnügen, welche nicht als Selbstverkauf, sondern nur als Selbstverpfändung erscheint, so dass dem Schuldner das Recht, sich auszulösen, gewahrt bleibt. Die Selbstverknechtung wird nur bei eigentlichen Bussschulden gestattet und durch die Gesetzgebung gefördert, dagegen nicht, wenn auf das Verbrechen eine öffentliche Strafe gesetzt ist, die um Geld geledigt werden

---

[1] Cap. I 10, c. 10.

[2] Ed. Chilp. c. 8.

[3] Dafür darf angeführt werden, dass das oben S. 470, Anm. 8 citierte Kapitular Pippins die Vermögenseinbusse bei Vermögenslosigkeit nicht durch fiskalische Verknechtung, sondern durch öffentliche Haft ersetzte.

[4] Ueber die contrainte par corps im altfranzösischen Recht siehe Esmein, Études sur les contrats S. 127 ff. 168. Ueber deutsche Schuldhaft siehe R. Loening, Vertragsbruch S. 193 ff.

darf. Die Praxis der Richter scheint es zugelassen zu haben, dass der Verbrecher, dem die Lösungssumme fehlte, sich dafür in Knechtschaft gab. Allein ein Kapitular Karls des Grossen verbot dies und verfügte, dass in solchem Falle die gesetzliche Strafe verhängt werde [1]. Dagegen war es von jeher zulässig, dass der Verbrecher [98] sich einem Dritten verknechtete, der für ihn die Lösungssumme zahlte. In allen Fällen, in welchen es dem Bussschuldner erlaubt war, sich an Pfandesstatt dem Gläubiger zu verknechten, muss für ihn ein schlimmeres Schicksal im Hintergrunde gestanden haben. Die Behandlung des Schuldknechts fand ja ihre Schranken in dem normalen Lose der Knechte. Zu strengeren Konsequenzen führte jedoch die exekutive Hingabe in die Privathaft des Gläubigers, dem es — wie wir aus jüngeren Quellen zurückschliessen dürfen — mindestens gestattet war, den Lebensunterhalt des Gefangenen auf das Notdürftigste zu beschränken [2].

Das Gesagte gilt nur von Bussschulden. Die Behandlung des säumigen Vertragsschuldners richtete sich allerwege nach dem Schuldvertrag. Schon oben wurde hervorgehoben, dass der Schuldner für den Fall des Vertragsbruchs jedes der Uebel auf sich nehmen konnte, welche die Friedlosigkeit in sich schloss. Doch lässt sich kaum mit voller Sicherheit bestimmen, ob der regelmässige Inhalt des Schuldvertrags die Person des Schuldners einzusetzen pflegte. Dass die Sachsen bei Verträgen mit Mund und Hand Vermögen und Freiheit als Pfand der Vertragstreue stellten, geht aus der oben S. 468 angeführten Stelle der Annales Laurissenses maiores zum Jahre 777 hervor. In Lex Salica 50 setzt der Gläubiger, der den Grafen zur Pfändung auffordert, seine Person und sein Vermögen als Sicherheit für die Rechtmässigkeit der Pfändung ein. Nach Lex Burgundionum 19, 7 kann der Bürge sich von seiner Haftung dadurch befreien, dass er die Person des insolventen Schuldners dem Gläubiger ausliefert. Die Selbstbürgschaft scheint das Versprechen des Schuldners enthalten zu haben, sich im Verzugsfalle selbst dem Gläubiger zu überliefern.

---

[1] Cap. Aquisgran. vom Jahre 801—807, c. 15, I 172: ut vicarii eos, qui pro furtu se in servitio tradere cupiunt, non consentiant sed secundum iustum iudicium terminetur.

[2] Vgl. z. B. Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois ch. 74: et li deit doner à manger au moins pain et aigue, se plus ne li veut doner.

Höchst altertümliche Rechtssätze enthalten die dänischen Rechtsquellen hinsichtlich des insolventen Bussschuldners, Rechtssätze, die uns bis an die Schwelle der Friedlosigkeit führen. Dem
[99] Bussschuldner, der nicht zahlen kann, wird zunächst die Mannheiligkeit abgesprochen. Der Verlust derselben ist modifizierte Friedlosigkeit, welche den Schuldigen nur der Misshandlung durch den Verletzten aussetzt und ihm die Gerichtsfähigkeit nimmt[1]. Kann dann der Kläger binnen bestimmter Frist seine Busse nicht erhalten, so nehme er sich selbst Recht. Ist kein Gut vorhanden, so geht es an den Körper, wo keine Kuh ist[2]. Der Gläubiger mag mit Gefährten den Schuldner schlagen und verwunden, aber nicht so, dass er ihn totschlägt oder ihm etwas abhaut oder dass er auf lange Zeit ein Krüppel wird[3]. Einer Auslieferung des Bussschuldners ist hier nicht gedacht. Der Gläubiger ist auf den Weg der Selbsthilfe angewiesen.

Das norwegische Recht[4] gibt dem Gläubiger die Befugnis, den Schuldner in Haft zu nehmen. Hat er ihn den Verwandten dreimal vergeblich zur Auslösung angeboten, so ist ihm nach dem Drönterrechte gestattet, dem Schuldner so viele Gliedmassen abzuhauen, dass ihr Wert dem Betrag der Schuld gleichkommt. Dabei soll er mit den minder wertvollen beginnen. Stirbt der Schuldner daran, so ist er den Verwandten, die ihn auszulösen verschmähten, nicht zu vergelten[5]. Nach dem älteren norwegischen Stadtrechte mag der Gläubiger wegen gewisser Bussschulden von dem insolventen Schuldner, der nicht ausgelöst worden ist, herunterhauen wie er will, von oben oder von unten. Die Vergleichung mit den angeführten Bestimmungen des dänischen Rechtes bestätigt die Be-

---

[1] Wilda, Strafrecht S. 301 ff.

[2] Ær ey fæ til, tha gaar thet a crop, thar ey ær co til. Eriks Sællandske Lov II, 52 i. f., Thorsen S. 61.

[3] Nach jütischem Low darf der Gläubiger den Schuldner, dem die Mannheiligkeit genommen ist, wegen einer Wundbusse schlagen und wunden. Tötet er ihn, so zahlt er das Wergeld, verliert aber nicht seinen Frieden. Jüt. Low nach Blasius Eckenberger III, 28: Schlägt er ihn auch tapfer und tüchtig, blutig und blau, dafür bessert er nichts. Vgl. Wilda, Strafr. S. 303.

[4] Konrad Maurer, Die Schuldknechtschaft nach altnordischem Rechte, Münchener Sitzungsberichte 1874.

[5] Es scheint, dass in den Frostuþingslög wie in der Lex Salica und bei den Angelsachsen die Ergebnislosigkeit des Aufgebotes den formellen Verlust der Mannheiligkeit ersetzt.

merkung Konrad Maurers[1], dass das Verstümmelungsrecht nicht etwa eine rechtliche Wirkung der Schuldknechtschaft, wohl aber [100] [insofern von praktischer Bedeutung war, als es dem Gläubiger als Zwangsmittel diente], den Schuldner zur freiwilligen Verknechtung zu veranlassen. Die Gulaþingslög setzen es bereits als den normalen Fall voraus, dass der insolvente Schuldner sich freiwillig zum Knechtesdienste versteht. Will er sich dazu nicht herbeilassen, so führt der Gläubiger ihn zum Thing und bietet ihn den Blutsfreunden an. Lösen sie ihn nicht aus, so hat der Gläubiger das Recht, von ihm zu hauen, wo immer er will, oben und unten[2].

Die auffallenden Härten des germanischen Schuldrechts erklären sich im letzten Grunde als Abspaltungen der Friedlosigkeit. Unrichtig ist es, wenn man die eigentliche Schuldhaft des deutschen Rechtes als eine Abschwächung oder als eine Umbildung der Schuldknechtschaft auffasst. Sie ist vielmehr an die Uebergabe des friedlos gewordenen Bussschuldners in die Gewalt des Gläubigers anzuknüpfen, der auf die Befugnis beschränkt worden ist, den Schuldner in Haft zu halten.

---

[1] [Schuldknechtschaft S. 21: „Nur soviel wird sich ... mit Sicherheit behaupten lassen, dass das dem Gläubiger zugestandene Verstümmelungsrecht dazu benutzt werden konnte, den insolventen Schuldner zur vertragsweisen Ergebung in die Schuldknechtschaft zu zwingen, und hierin mag in der That dessen praktische Bedeutung gelegen haben!"]

[2] [v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II 172 ff. betrachtet das Verstümmelungs- und Tötungsrecht des Gläubigers als Ausfluss einer Selbstvergeiselung des Schuldners. Der Geisel verfällt der Willkür des Geiselempfängers, „sobald diesem entgeht, wofür der Geisel einstand". Dagegen setzt das hier besprochene Verstümmelungsrecht des Gläubigers stets voraus, dass der Schuldner den Verwandten vergeblich zur Auslösung angeboten worden war. Die Pflicht des Angebotes zur Auslösung lässt sich aus dem Geiselvertrage nicht gewinnen.]

IX.

Duodecimalsystem und Decimalsystem in den Busszahlen der fränkischen Volksrechte.

[Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1889, S. 1039 ff.]

[1039] In den germanischen Volksrechten findet sich bekanntlich eine kaum übersehbare Menge von Busszahlen. Die meisten Rechtsverletzungen sind in bestimmten Bussen abgeschätzt, welche der Uebelthäter als Sühne seines Unrechts zu zahlen hat. Man hat sich redlich bemüht, die verwirrende Mannigfaltigkeit der Busszahlen in ein bestimmtes System zu bringen, indem man die verschiedenen Busssätze auf eine bestimmte Grundbusse zurückführte, deren Teilung oder Vervielfältigung wenigstens die Mehrzahl der übrigen Bussen erklärt [1]. Da hat sich denn im allgemeinen das Ergebnis herausgestellt, dass die Busssysteme der meisten Stämme auf die Grundzahl zwölf zurückführen [2], während einige andere Stammes-

[1] Von den Bussen, welche aus einer Teilung des Wergeldes hervorgingen, ist hier abzusehen. Dass die Wergelder der deutschen Stämme des fränkischen Reiches im wesentlichen gleichartig sind, weil die scheinbaren Unterschiede nur auf einer verschiedenartigen Berechnung des Friedensgeldes beruhen, habe ich, Deutsche Rechtsgeschichte I 225 f., ausgeführt. Zu den Bussen, die aus einer Teilung des Wergeldes erklärt werden müssen, rechne ich auch die salische Busse von 62½ Solidi, in dem Hauptpunkte mit Wilda, Strafrecht der Germanen S. 416 ff. übereinstimmend. Doch kann ich an ein altes salisches Wergeld von 125 Solidi nicht glauben, denke vielmehr, dass jene Busse auf die Hälfte eines Wergeldes von 200 Solidi zurückgeht, welches um ein Drittel, wahrscheinlich den Betrag der Magsühne, gekürzt worden war und bei der Umrechnung in Denare auf 2500 Denare abgerundet worden ist. Vorläufig möge man Lex Salica (Hessels) 29, 3 in Codex 6 und Emendata, ferner 29, 12. 13 in Codex 6, Herold und Emendata mit Aelfred 71. 47 (siehe die Bemerkung R. Schmids), und Leges Henrici I. c. 93, § 31 vergleichen, wo für Auge, Hand und Fuss eine Busse von 66 Schill. 6⅓ Pf. gesetzt ist. Dazu Wilda S. 761 ff. Näheres darüber anderwärts [H. Brunner, D. RG. II 619 ff.].

[2] Nach Wilda S. 363, dessen Ergebnisse ich hier nicht schlechthin vertreten will, sondern einer Erörterung an anderem Orte vorbehalte, war zwölf die eigentliche Busszahl bei den Alamannen, Bayern, Friesen, Sachsen

rechte die Grundbusse von 10 Solidi aufweisen[1]. An Kombinationen [1040]
beider Systeme fehlt es nicht. So beruhen die Wundbussen nach dem Rechte der Langobarden auf dem Duodecimalsystem, während eine zahlreiche Gruppe anderer Bussen sich auf dem Decimalsystem aufbaut[2]. Auch wenn die Zwölfzahl nicht allenthalben die ursprüngliche ist, wofür gewichtige Gründe sprechen, so gehen doch wenigstens beide Systeme auf das germanische Grosshundert, ags. hundtwelftig, altfränkisch (hunn) toalaftih, friesisch tolftig[3] zurück, indem von den zwei Faktoren des Grosshunderts bei den meisten Stämmen die zwölf, bei anderen die zehn als Einheit des Busssystems gewählt wurde.

Der angeführten Regel standen bisher die Busssysteme des salischen und des ribuarischen Volksrechtes als unerklärte Ausnahmen gegenüber. Im salischen Rechte herrscht nämlich die Busse von 15 Solidi als unverkennbare Grundbusse vor. Sie kommt nicht nur in der grössten Zahl von Bussfällen zur Anwendung (in 93 nach der Recapitulatio), sondern es sind auch durch Teilung die Bussen von 5 und 7½ Solidi, durch Vervielfältigung die Bussen von 30, 45, 75 und 90 Solidi aus ihr hervorgegangen. Im Gegensatz zur Lex Salica hat die Lex Ribuaria in ihrem ältesten Bestandteile ein selbständiges Busssystem mit der Grundzahl 18, während ihr zweiter Teil, welcher systematisch nach dem Vorbilde der Lex Salica gearbeitet ist, unter der Herrschaft der salischen Grundbusse von 15 Solidi steht[4].

Der Gegensatz, in welchen sich die salische und die altribuarische Grundzahl zu den Busszahlen der übrigen Volksrechte stellt, ist nur ein scheinbarer. Denn bei Lichte besehen ist die salische

---

und Burgundern und wohl auch anfänglich bei den skandinavischen Völkern. Auch das altkentische Recht [und das Recht der chamavischen Franken] fällt in diese Gruppe.

[1] Bei den Anglowarnen ist sie vielleicht erst unter dem Einfluss des ribuarisch-salischen Busssystems eingedrungen. [Dafür spricht das kleine Friedensgeld von 12 Solidi, welchem vermutlich einst eine Grundbusse von 12 Solidi zur Seite gestanden hatte. Vgl. meine D. RG. II 622.] Spurenhaft bei den Westgoten. Siehe Wilda S. 359. Neben einem älteren Duodecimalsystem bei den Angelsachsen. Siehe K. Maurer, Krit. Ueberschau III 47.

[2] Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden S. 24.

[3] Kern bei Hessels, Lex Salica, Sp. 563. Vgl. J. Grimm, Geschichte der deutschen Sprache S. 251.

[4] Vgl. Sohm in der Z. f. Rechtsgeschichte V 393 ff.

Grundbusse 10, die altribuarische 12. Neben der Busse, welche der Verletzte erhielt, wurde bekanntlich ein bestimmter Betrag als Friedensgeld, fredus, an die öffentliche Gewalt, an den König oder an das Volk bezahlt. Während nun bei den meisten Stämmen feste Friedensgelder bestehen, welche neben der Busse in Anschlag zu bringen sind, stehen bei den Franken die Friedensgelder innerhalb der compositio; sie bilden ein Drittel derselben und sind in die Buss- und Wergeldsätze inbegriffen[1]. Ziehen wir dem-
[1041] gemäss von der altribuarischen Grundzahl 18 den dritten Teil ab, so gelangen wir zur Grundzahl 12. Ebenso stellt sich die salische Busse von 15 Solidi als eine Busse von 10 Solidi dar.

Lex Ribuaria 2 setzt auf Verwundung mit Blutvergiessen „bis novem solidos“, von welchen 6 Schillinge als Friedensgeld abzuziehen sind. Dagegen wird nach Lex Chamavorum c. 18 dasselbe Delikt mit 12 Solidi gebüsst, weil daneben ein besonderes Friedensgeld von 4 Solidi verfällt. Grundsätzlich ist die Wundbusse in beiden Rechten dieselbe, nur das Friedensgeld ein verschiedenes. Eine Stelle der Lex Ribuaria, welche ihrem ältesten Bestandteile angehört, 10, 2 sagt: *unde Ribuarius 15 solidos culpabilis iudicetur, regius et ecclesiasticus homo medietatem conponat.* An Stelle von 15 müsste man 18 erwarten, wie die vorausgehenden und nachfolgenden Busszahlen dieses Teiles der Lex darthun. Die Zahl 15 ist jedenfalls jüngere Zuthat. Dagegen enthalten etliche Handschriften, darunter die wichtige Handschrift A 5, statt 15 die Zahl 12. Der Schreiber setzte die eigentliche altribuarische Buss-

---

[1] Wilda S. 467. Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung I 108, Anm. 17; 170 f. Den bei Wilda und Sohm angeführten Belegen füge ich noch folgenden hinzu. Lex Angl. et Werin. c. 57: *qui domum alterius collecta manu hostiliter circumdederit, trium primorum, qui fuerint, unusquisque sol. 60 conponat et rei* (lies *regi*) *similiter; de ceteris, qui eos secuti sunt, sol. 10 unusquisque et in bannum regis sol. 60.* Die Stelle ist eine Nachbildung von Lex Rib. 64. Nach dieser verwirkten die *tres priores* bei dem Verbrechen der *hariraida* 90 Solidi, die übrigen 15 Solidi. Allein von den 90 Solidi fallen 30 Solidi, von den 15 Solidi fünf als Friedensgeld an den Fiskus. Demnach stimmen die Bussen der Lex Angliorum et Werinorum und der Lex Rib., soweit sie dem Verletzten zu teil wurden, vollständig überein. An Stelle des fredus trat in der karolingischen Lex der Anglowarnen der Königsbann von 60 Schillingen. Die Heimsuchung (harizuht) bildete ja einen der acht bekannten Bannfälle. Capitularia I 224, c. 7. Der bannus schloss aber den fredus aus.

zahl ein, indem er das Friedensgeld ausser acht liess. Auf der Zwölfzahl beruhen auch die Werttaxen, welche Lex Ribuaria 36, 11 für die Gegenstände aufstellt, in welchen man das Wergeld und ohne Zweifel auch die Bussen zu zahlen pflegte. Sie sind wie Hengst, Brünne, Jagdfalke zu 12 oder wie Helm, Beinschienen, Kranichfalke zu 6 oder wie die Schwertscheide zu 4 oder wie Kuh[1], Stute, Schwert ohne Scheide, ungezähmter Falke zu 3 oder wie Ochs, Schild mit Lanze zu 2 Solidi abgeschätzt. [Die 7 Solidi für Schwert und Scheide sind in 3 Solidi für jenes und in 4 Solidi für diese zu zerlegen.] Der salischen und der neuribuarischen Busse von 15 Solidi entspricht bei den Sachsen die Busse von 12[2], bei den Anglowarnen die von 10 Solidi[3]. Nach alledem stimmen die salischen und ribuarischen Grundbussen, soweit sie an die verletzte Partei fallen, mit den Busszahlen der übrigen Stämme überein. Mit anderen Worten, das altribuarische Busssystem fusst auf dem Duodecimalsystem, das der Lex Salica auf dem Decimalsystem. So klar und einfach dieses Ergebnis ist, hat man es doch bisher bei [1042]
all den sorgfältigen und mühseligen Untersuchungen über die altdeutschen Busszahlen durchgehends übersehen.

Neben den Bussen des Decimalsytems finden sich in der Lex Salica deutliche Spuren eines wahrscheinlich älteren Duodecimalsystems. So die Bussen von 3, 6 und 9 Solidi. In einer altfränkischen, leider nur in verderbtem Text überlieferten Zusammenstellung von salischen Bussbezeichnungen wird die Busse von 3 Schillingen als unum toalaftih[4], d. h. als ein Grosshundert von Denaren, angeführt. Dem Duodecimalsystem ist auch die Busse von 7 Denaren, nämlich $^1/_6$ Solidus[5], zuzurechnen. Auf die Zwölfzahl führen aber gleichfalls, so unwahrscheinlich es auf den ersten Blick hin dünken mag, die Bussen von 17$^1/_2$, von 35 und 70 Solidi zurück.

Bei Abfassung der Lex Salica wurden mit Rücksicht auf eine

---

[1] Nach vielen Handschriften gilt die Kuh nur 1 Solidus.

[2] Arg. Capitulare Saxonicum c. 3.

[3] Lex Angliorum et Werinorum c. 53.

[4] *Hoc est unum thoalasti.* Hessels, Lex Salica Sp. 424. Vgl. Grimm bei Merkel, Lex Salica, praef. p. XV. LXIV und Kern bei Hessels, Lex Salica Sp. 563. Die Emendation: hunn für unum halte ich, da das Denkmal zum Teil lateinisch abgefasst ist, für bedenklich. Auch die Glosse zu Lex Sal. II, 1, Cod. 6 lautet: unum tualepti.

[5] Lex. Sal. 4, 1: *VII din. qui fac. medio trianti.*

kürzlich vorausgegangene Ordnung des Münzwesens die Bussen zunächst nach Denaren berechnet, deren 40 auf 1 Solidus gehen. Der Summe von Denaren wurde dann in den einzelnen Bussansätzen der Lex die entsprechende Summe von Solidi beigefügt. Die Bussansätze in Denaren sind, wie schon Waitz gelegentlich bemerkte, die prinzipalen. Die Denare werden fast ausnahmelos in Hunderten und Tausenden angegeben. Die Ausnahmen betreffen, soweit es sich nicht um Bruchteile von Solidi handelt, kleinere Bussen, fast nur die Bussen von 3, 6 und 9 Solidi, also Bussen, welche in 1[1] oder in 2 oder in 3 Grosshundert von Denaren bestehen und auf dem salischen Malberg etwa als 1, 2, 3 toalaftih bezeichnet wurden[2]. Dagegen hat man bei allen grösseren Summen nur Decimalhunderte von Denaren in Ansatz gebracht und, um von dieser Regel nicht abweichen zu müssen, althergebrachte Schillingsbussen derart abgeändert[3], dass sie in die Rechnung nach
[1043] Denaren als volle Decimalhunderte eingestellt werden konnten[4]. Dass die Busszahlen, um Brüche von Denaren zu vermeiden, abgerundet wurden, sagt uns die Lex Salica an einer Stelle selbst. Wer ein saugendes Lamm stiehlt, büsst (nach Lex Sal. 4, 1) 7 Denare, d. h. $\frac{1}{2}$ Triens. Da der Triens $\frac{1}{3}$ des Solidus war, machte $\frac{1}{2}$ Triens nur $6\frac{2}{3}$ Denare aus, welche man auf 7 Denare abrundete. Dem Streben, die höheren Denarsummen in Hunderten auszudrücken, verdankt die wichtige Busse von 35 Solidi ihre Entstehung, nach Wilda a. O. S. 360 die einzige Busszahl des salischen Gesetzes, welche ganz rätselhaft bleibt. Sie ist an Stelle einer älteren Busse von 36 Solidi getreten[5]. Diese hätte

---

[1] Auch die Prügel, die der Sklave erhält, werden in Lex. Sal. 40 nach dem Grosshundert gezählt.

[2] Vgl. das unum toalaftih in Anm. 4 oben S. 485. In Lex Salica II, 3 haben die meisten Texte eine Busse von 280 Denaren, also 7 Solidi. Allein die Recapitulatio A 9 setzt dafür eine Busse von $7\frac{1}{2}$ Solidi (300 Denaren).

[3] Dass die Bussen bei den Saliern ursprünglich wie bei den übrigen Stämmen nicht nach Denaren, sondern in Schillingen berechnet waren, darf für zweifellos gelten. Die Bussen wurden in Vieh bezahlt und der Ursolidus der Germanen war wahrscheinlich die Kuh.

[4] Völlig vereinzelt steht die den übrigen Texten und der Recapitulatio unbekannte Busse von 3120 Denaren (78 Solidi) in Herold 45, 4.

[5] Wo die Lex Salica 35 Solidi als Busse hat, begegnet an entsprechenden Stellen der Lex Ribuaria die Busse von 36 Solidi. So wird der Verlust des Pfeilfingers nach Lex Sal. 29, 5 mit 53 Solidi (1400 Denaren), nach Lex

1440 Denare ergeben; man rundete die Summe bei Abfassung der Lex auf 1400 Denare ab und rechnete diesen Betrag dann genau in 35 Solidi um. Die Busse von 17½ Solidi, gleich 700 Denaren, ersetzte eine ältere Busse von 18 Solidi [1], gleich 720 Denaren, die auf 700 abgerundet wurden. Die Busse von 70 Solidi erklärt sich als Verdoppelung von 35.

Dass die Salier nach Hunderten von Denaren rechneten, zeigt jene Zusammenstellung altfränkischer Zahlenglossen zur Lex Salica, welche die Ueberschrift trägt: incipiunt chunnas, und nach Denarhunderten geordnet ist. Sie beginnt mit dem Grosshundert. Es folgen: sexan chunna (600 Denare), sol. XV, septun chunna (700 Denare), sol. XVII (17½), theu valt chunna (tualaf chunna, 1200 Denare), sol. XXX, thue (twi) septen chunna (1400 Denare), sol. XXXV, theu uene (twi neune) chunna (1800 Denare), sol. XLV, thothocundi fitme (tuthusondi fimfe) chunna (2500 Denare), sol. LXII½.
Die weiteren Chunnen betreffen Wergeldsätze.

X.

Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrechte.

[Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1890, S. 815 ff.]

1.

Zu den auffallendsten Eigentümlichkeiten des germanischen [815] Strafrechts gehört die Behandlung der absichtslosen Missethat. Missethat wurde begangen durch rechtswidrige Zufügung eines Uebels [2]. Auch wer das Uebel ohne Absicht und ohne Fahrlässigkeit verursacht hatte, haftete für seine That als Missethat. Die

---

Rib. 5, 7 mit 36 Solidi gebüsst. Mehrere Texte der Lex Salica setzen auf Diebstahl oder Tötung eines Sklaven (10, 1. 2) die Busse von 35, Lex Ribuaria 8 die Busse von 36 Solidi. Wilda S. 363.

[1] Die Münchener Handschrift (Cod. 3), welche die Denarsummen unterdrückte, ersetzte die 700 Denare in Lex Salica II, 10. 11. 12 durch 18 Solidi.

[2] Ueber den germanischen Begriff der Missethat vergleiche die gedrängte und inhaltvolle Darstellung bei v. Amira, Abschnitt Recht in Pauls Grundriss der germanischen Philologie II, 2. S. 171 (1890).

That tötet den Mann, sagt ein deutsches, le fait juge l'homme, ein französisches Rechtssprichwort.

Wie jedes Strafrecht ist auch das germanische Strafrecht generell darauf angelegt, im Verbrechen den verbrecherischen Willen zu strafen und ferne steht ihm der Grundsatz, strafen zu wollen, wo es keinen Willen, keine Schuld sieht. Allein das jugendliche Recht begehrt den sichtbaren sinnlichen Ausdruck des verbrecherischen Willens und sieht ihn in dem schädlichen Erfolge der That. Es verhängt daher keine Strafe, wo ein Uebel nicht verursacht wurde. Der Versuch bleibt straflos, denn „man kann falschen Mut nicht sehen, wenn die That nicht dabei ist“ [1]. Andrerseits wird gemäss dem formellen Zuschnitte der ganzen Rechtsordnung [2] aus dem schädlichen Erfolg mit einer Logik, welche blind ist gegen die Lage des einzelnen Falles, auf das Dasein des verbrecherischen Willens geschlossen. In ähnlicher Weise galt dem germanischen Rechtsgang das Wort als der Ausdruck des Willens, ohne dass auf den Mangel des Willens Rücksicht genommen wurde, wenn Wort und Wille sich nicht deckten. Wie der Rechtsgang im Worte, sieht das Strafrecht im Werke das Wollen.
[816] Gleich dem Rechtsgang bekundet auch das Strafrecht einen starren Formalismus in der typischen Behandlung des Willens.

Dieser Formalismus des Strafrechts zeigt sich in der nordischen Göttersage, welche auch die Götter für ungewollte Thaten büssen lässt. Allbekannt ist der Mythus, nach welchem Baldur durch den Mistelzweig getötet wurde, den der blinde Hödur auf Lokis Rat gegen ihn abschoss. Dem Thäter fehlte nicht nur die böse Absicht, man wird nicht einmal von einer Fahrlässigkeit sprechen können, da den Asen, die Baldurs Unverwundbarkeit prüften, bekannt war, dass Frigg ihm von allen Wesen Sicherheit ausgewirkt habe und die Nichtverpflichtung der Mistel ihnen ein Geheimnis geblieben war. Nichtsdestoweniger gilt Hödurs That für eine solche, welche die Rache herausfordert. Noch will ich wissen, fragt Odin die Seherin nach einem der ältesten Eddalieder [3]: Wer wird an Hödur Rache gewinnen und Baldurs Mörder (bana) auf den Scheiterhaufen

[1] Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S. 292.

[2] Näher ausgeführt in meiner Deutschen Rechtsgeschichte I 111 f.

[3] Vegtamskvida 10, Sophus Bugge, Norrœn Fornkvædi, Christiania 1867, S. 137.

bringen? Der Rächer war Wali, Baldurs nachgeborener Bruder, der die Hand nicht wusch und das Haar nicht kämmte, ehe er die Rache vollzogen und Baldurs Mörder (handbana) erschlagen hatte[1]. Höchst bezeichnend ist es, dass die Snorra Edda sich veranlasst sieht, zu erklären, gewissermassen zu entschuldigen, weshalb die versammelten Asen an Hödur nicht sofortige Rache nahmen. Als Baldur gefallen war, heisst es in Gylfaginning 50, standen die Asen alle wie sprachlos und gedachten nicht einmal ihn aufzuheben. Einer sah den andern an; ihr aller Gedanke war wider den gerichtet, der diese That vollbracht hatte. Aber sie durften sie nicht rächen. Es war an einer heiligen Friedensstätte[2].

Ein verwandter Fall, in welchem unverschuldete Tötung gesühnt werden muss, findet sich in dem zweiten Liede von Sigurd, dem Fafnirstöter. Von Odin und Hönir begleitet, hatte Loki durch einen Steinwurf eine Otter getötet, welcher die Asen den Balg abzogen. Sie ahnten nicht, dass es der Sohn Hreidmars war, der die Gestalt einer Otter angenommen hatte. Dennoch müssen sie dem Hreidmar die absichtslose Tötung seines Sohnes büssen, indem sie das Otterfell innen mit Gold ausfüllen und von aussen damit bedecken[3].

Einen hochtragischen Konflikt gewinnt aus der Strafbarkeit der ungewollten Tötung das angelsächsische Heldengedicht Beowulf[4]. Von den drei Söhnen des Geatenkönigs Hrêđel hatte der [817]
zweite, Hæđcyn, das Unglück, seinen älteren Bruder durch einen Pfeilschuss zu töten, der das Ziel verfehlte. Das bereitet dem Vater schweren Harm. Denn der Tod des Edeling fordert Sühne. Aber zu grauenvoll dünkt es dem König, dass sein zweiter Sohn auf dem Galgen reite und den Raben zum Raub werde. In dieser Seelenqual wird Hrêđel trübsinnig und wählt den Tod. Nach der Auffassung des Gedichtes hatte Hæđcyn den Tod verdient. Er hatte mit Frevel gesündigt. Seine That galt für unsühnbar.

Dass die Götter- und Heldensage eine uralte Rechtsüber-

---

[1] Hyndluljóđ 29, Bugge a. O. S. 159.

[2] Edda Snorra Sturlusonar ed. Jónsson 1875, S. 59. Vgl. Gylfaginning 34, wo dieselbe Reflexion es erklären will, weshalb die Asen den Wolf nicht töteten.

[3] Sigurđarkviđa Fáfnisbana 2, Bugge a. O. S. 212. Vgl. Grimm, Rechtsaltertümer S. 670.

[4] Ed. Heyne, v. 2436 ff.

zeugung des Volkes widerspiegelt[1], bestätigen vereinzelte Aussprüche der Rechtsquellen, sei es nun, dass sie das alte strenge Recht mit Bewusstsein festhalten, sei es, dass sie uns einen Einblick gewähren in den unablässigen Kampf, welchen strenges Recht und Billigkeit in der Behandlung der ungewollten Missethat zu kämpfen hatten. Dabei sind es weniger die Volkrechte der fränkischen Zeit, als vielmehr jüngere Quellen, in welchen die ursprüngliche Rechtsauffassung am klarsten hervortritt, eine Erscheinung, die sich daraus erklärt, dass man bei der Aufzeichnung der Volksrechte nur solche Fälle hervorzuheben bestrebt war, in welchen das alte Recht eine Milderung erfuhr, oder daraus, dass die Rechtsüberzeugung des Volkes durch die vorgeschrittene Theorie des Gesetzgebers überholt, aber nicht auf die Dauer überwunden worden war.

---

[1] [v. Amira, Obligationenrecht II 412, macht gegen obige Ausführungen geltend, dass nur die Rücksicht auf den Totenkult und auf die sakrale Pflicht der Blutrache der Grund der Rechtssätze über die unabsichtiche Tötung sei. Ich sehe darin nach wie vor nicht eine singuläre Ausnahme, sondern nur einen Fall der typischen Behandlung des Willens, wie sie sich auch bei anderen absichtslosen Missethaten geltend macht. Dass die Rechtsfolgen andere sein können als bei Tötungen, kommt natürlich für die Frage der grundsätzlichen Behandlung des Willens nicht in Betracht. Am zähesten und am längsten hat man allerdings den ursprünglichen Standpunkt festgehalten, wo sakrale Motive einwirkten, wie in Fällen der Tötung. Auch der Fall in Lex Baiuw. 19, 6, der absichtslos veranlasste Brand einer Kirche in Lex Sal. 71, blutschänderische Ehe wider Wissen gehören dahin. Ich will hier nicht geltend machen, dass die ratio legis nicht die Lex wäre und dass der nationale Kult im letzten Grunde sich als der Niederschlag von Vorstellungen und Gedanken darstellt, die zur Zeit seiner Ausbildung das gesamte geistige Leben des Volkes beherrschten, weil dieses den übersinnlichen Mächten die eigene Gefühls- und Denkweise unterschob. Aber die sakralen Gesichtspunkte versagen völlig bei absichtslosen Verwundungen, für welche Beaumanoir ebenso wie für absichtslose Tötungen an die Gnade des Richters appelliert; sie versagen für die Thatsache, dass nach der très ancienne Coutume de Normandie c. 35, 5 gerade nur die absichtslose Tötung des eigenen Herrn mit dem Tode bestraft wird. Wenn nach altnordischem Rechte die Uebelthat im Zweifel nicht als Ungefährwerk gilt, sondern als solches nur bei dem Vorhandensein bestimmter gesetzlicher Merkmale behandelt wird, wenn das altschwedische Recht Tötungen und Verwundungen, das norwegische gleichfalls „gewisse Verletzungen der Mannheiligkeit“ nicht gegen den Willen des Verletzten als Ungefährwerk angesehen wissen will, so deuten diese Rechtssätze, die ich Amiras Obligationenrecht entnehme, meines Erachtens deutlich genug auf den von mir betonten Ausgangspunkt zurück.]

Von den deutschen Volksrechten enthält die Lex Baiuwariorum eine Bestimmung, aus der sich ergibt, dass im bayrischen Rechte der Fall der Abirrung gleich der gewollten That behandelt wurde. Wer den Leichnam eines Menschen verletzt, den ein andrer getötet hat, sei es nun, dass er ihm das Haupt oder den Fuss oder das Ohr abhaut oder dass er ihm die geringste Blutwunde beibringt, verbricht eine Busse von zwölf Schillingen [1]. Die Lex setzt nun den Fall, dass die Leiche eines Ermordeten von Geiern oder andern Aasvögeln entdeckt wird und diese sich darauf niederlassen, um sie zu verzehren. Jemand sieht dies und schiesst einen Pfeil ab, um einen der Vögel zu erlegen, trifft aber die Leiche, so dass sie verwundet wird. Dann hat der Schütze die Zwölfschillingsbusse verwirkt [2], ein Rechtssatz, der voraussetzen lässt, dass auch die Verwundung, die der abirrende Pfeil einem Lebenden beibrachte, ursprünglich gleich der gewollten Verwundung geahndet wurde.

Ein Gesetz Rogers von Sicilien, das der ersten Hälfte des zwölften Jahrhunderts angehört, bestimmte vermutlich unter dem Einfluss normannischer Rechtsanschauung: qui de alto se ipsum [818]
precipitat et hominem occiderit et ramum incautus prohiciens non proclamaverit seu lapidem ad aliud iecit hominemque occidit, capitali sententia feriatur [3]. Die Stelle ist um so beweiskräftiger, als sie ihren Wortlaut zum Teil den Digesten entlehnt [4]. Während aber die Vorlage, eine Stelle des Paulus, die zwei erstgenannten Fälle erwähnt, um auszuführen, dass nur der dolus und nicht auch lata culpa der Anwendung der Lex Cornelia Raum gebe [5], droht die normannische Konstitution die bei Paulus ausgeschlossene Todesstrafe an und dehnt sie auf den Fall der Abirrung aus.

[Die tres ancienne Coutume der Normandie, die um die Wende des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts entstand, schreibt noch

---

[1] Lex Baiuw. 19, 6.

[2] Lex Baiuw. 19, 5.

[3] Merkel, Commentatio, qua iuris Siculi sive assisiarum regum regni Siciliae fragmenta proponuntur 1856, S. 31, fragm. 42.

[4] L. 7 Dig. 48, 8 (ad legem Corneliam de sicariis).

[5] Neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur, quare si quis alto se precipitaverit et super alium venerit eumque occiderit aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

ausdrücklich die Todesstrafe vor, wenn jemand ohne Absicht (per infortunium) seinen Herrn getötet hat, wogegen die von ungefähr verübte Tötung eines nahen Verwandten nur mit kirchlicher Busse gesühnt wird[1].]

Einen merkwürdigen Rückschlag hatte das westgotische Recht durchzumachen. Die Lex Wisigothorum unterscheidet bereits zwischen Fällen gewollter und ungewollter Tötung, stellt aber für diese gekünstelte Normen auf[2]. Wohl weil sie nicht genügten, bestimmte Wamba in einer Satzung, die freilich der Lex nicht einverleibt worden ist: ut quicumque deinceps occiderit hominem, si volens aut nolens homicidium perpetraverit . . in potestate parentum vel propinquorum defuncti tradatur[3].

Vereinzelte Rechtsquellen halten das strenge Recht theoretisch aufrecht, stumpfen es aber dadurch ab, dass sie seine Anwendung an kaum erfüllbare Bedingungen knüpfen. Eine berühmte Stelle des Pactus Alamannorum gibt für den Fall, dass jemand durch den Hund eines anderen totgebissen wurde, dem Bluträcher den unbedingten Anspruch nicht auf das ganze, sondern nur auf das halbe Wergeld. Verlangt er aber das ganze, so soll er es haben, jedoch nur, wenn er duldet, dass ihm der Hund über der Schwelle der Eingangsthüre aufgehängt werde und dort so lange hängen bleibt, bis er abgefault ist[4]. Wer von einem Baume fällt und herabstürzend einen Menschen tötet, soll nach den sogen. Leges Henrici primi für unschuldig gelten. Falls dennoch jemand darauf bestünde, die That zu rächen oder das Wergeld einzuklagen, so soll ihm die Rache gestattet sein, aber nur so, dass er selbst auf den Baum steigt, um den anderen tot zu fallen[5]. Dieselbe
[819] Lösung, die sich übrigens auch in einem altindischen Märchen[6] findet, hat das Brieler Rechtsbuch, wo auf ein derartiges Lübecker Urteil hingewiesen wird[7]. Die peinlich genaue Anwendung der

[1] [Cout. de Normandie ed. Tardif I 30, c. 35, 5. Bei absichtlicher Tötung des Herrn tritt eine grausame qualifizierte Todesstrafe ein (detractus suspendatur.]

[2] Wilda, Strafrecht S. 427 f. Dahn, Studien S. 143 f.

[3] Walter, Corp. iur. germ. I 668.

[4] Pactus Alam. III, 16.

[5] Leges Henrici primi 90, 7.

[6] Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 93.

[7] Matthijssen, Het Rechtsboek van den Briel ed. Fruin en Pols, S. 212.

Talion soll das strenge Recht ad absurdum führen, welches einst der Sippe des Getöteten die Befugnis gab, Blutrache zu üben oder das Wergeld zu beanspruchen.

Im Gebiete des fränkischen Rechts und seiner Tochterrechte diente das königliche Recht der Billigkeitsjustiz als Auskunftsmittel, um das strenge Recht auszuschliessen, soweit es bei absichtslosen Missethaten noch festgehalten wurde.

Nach holländischem Rechte verwirkt noch im fünfzehnten Jahrhundert Leib und Gut an den Landesherrn, wer unwissend durch Ungefähr einen Menschen totschiesst[1]. Doch vermag der Landesherr in solchem Falle die Strafe zu erlassen. Ein Beispiel gewährt eine Urkunde des Herzogs Philipp von Burgund vom 6. November 1425. Der Bürger van Delft, Aelwyn, hatte „by ongevalle ende onwetende sonder haet ende nyt" einen Mann totgeschossen. Die Sache gelangte an den Landesherrn, welcher erklärt: So hebben wy . . Aelwyn voirnoemt quytgescouden ende vergeven, quytscelden ende vergeven mit disen brieve van alsulker brueke ende misdaet, als hy dair an tegen ons ende onser Heerlicheit misdaen ende verbuert mach hebben ende geven him weder syn lyf ende goeden, die dair aen tegen ons verbuert mogen wezen[2]. Daran schliesst sich der Befehl, den besagten Aelwyn in Frieden zu lassen und all sein Gut und ihn wegen des absichtslosen Totschlages nicht zu belangen. Im Jahre 1438 verlieh Philipp von Burgund den Mitgliedern einer Schützengilde, der Sint Joris Gilde zu Leyden by speciaale gracien das Privileg, dass der Gildegenosse, der by ongeval of quader aventuren jemand totschiesst, deshalb gegen den Landesherrn weder Leib noch Gut verwirke[3], unbeschadet der Sühne, die er den Magen des Getöteten schuldet[4].

Der französische Jurist Beaumanoir widmet der absichtslosen Missethat eine längere Ausführung, welche in klassischer Weise den Uebergang von der alten gebundenen zu einer neuen

[1] Rechtsgeleerde Observatien dienende tot opheldering van . . . passagien uyt de Inleidinghe tot de Hollandsche Rechtsgel. van Hugo de Groot, 3. Deel (1778) S. 250 f.

[2] Mieris, Groot Charterb. IV 800.

[3] . . . om dat wy onnosele (schuldlose) saecken altyts mit ontfermherticheyt aensien willen . . .

[4] Mieris, Handv. Privil. u. s. w. der Stad Leyden S. 289.

freieren Rechtsauffassung darstellt. Er gibt dem 69. Kapitel seiner Coutumes du Beauvoisis die Ueberschrift: Cas d'aventures, qui
[820] avienent par mesqueance, es quix cas pités et misericorde doivent mix avoir liu que rude justice. Es sei in solchen Fällen Aufgabe der Gerichtsherren, nicht immer vorzugehen selonc rigueur de droit[1]. Auch bei Behandlung einzelner Fälle hebt Beaumanoir gelegentlich hervor, dass Milde angebracht sei. Wenn jemand seinen Wagen wendet und dabei einen Menschen tötet oder verwundet, c'est cas de mesqueance et bien appartient c'on ait misericorde du caretier, s'il n'apert quil versast à essient se carette por li blecier par hayne[2]. Wenn jemand zwei Streitende trennen will und durch Missgeschick denjenigen von ihnen tötet oder verwundet, der sein Freund ist, misericorde apartient en cel cas[3].

Bouteiller macht in seiner Somme rurale, wo er die Tötung von ungefähr bespricht, die wichtige Bemerkung: les coustumiers dient, que crime n'a point d'adventure, qu'il ne chée en peine de mort ou remission de Prince[4]. An einer andern Stelle heisst es, dass, wenn ein schädliches Tier einen Menschen tötet, nachdem der Eigentümer von der Obrigkeit aufgefordert worden, es wegen seiner schädlichen Eigenschaft in Gewahrsam zu halten, dieser zum Tode und zur Friedlosigkeit (à mort et en exil) verurteilt werde. Mais tant de remède y a, que de sa vie est en la volonté du seigneur, qui est roy ou prince souverain du royaume[5].

Auch das englische Recht hält das Eingreifen der königlichen Gewalt für nötig, um bei absichtslosen Missethaten Billigkeit walten zu lassen. Die sogenannten Leges Henrici primi stellen den allgemeinen Grundsatz auf, dass büssen müsse, wer nicht schwören kann, quod per eum non fuerit aliquis vitae remotior, morti propinquior[6]. Während aber der Verfasser einerseits ausführt, es sei

[1] Cout. du Beauvoisis 69, 18.

[2] A. O. 69, 1.

[3] A. O. 69, 8.

[4] Somme rurale II, 40, d'occire autre par cas d'adventure (ed. 1611, S. 870).

[5] Somme rurale I, 38 (S. 267), de la beste tuer homme. [Exil scheint hier die Friedlosigkeit in ihrer Anwendung gegen das Vermögen, und zwar die Wüstung zu bedeuten.]

[6] Leges Henr. primi 90, 11. Der Passus ist formelhaft. Bei Bracton fol. 141b und in der Fleta 50b schwört der Beklagte: non occidi vel plagam ei feci tali (ullo) genere armorum, per quod remotior esse debuit a

Rechtens, dass qui inscienter peccat, scienter emendet et qui brecht ungewealdes, bete gewealdes, fügt er nach Aufzählung einzelner Beispiele hinzu: in hiis et similibus, ubi homo aliud intendit et aliud evenit, ubi opus accusatur, non voluntas, venialem potius emendationem et honorificentiam iudices statuant sicut acciderit [1]. Bracton zählt unter die Fälle der dem König vorbehaltenen Jurisdiktion u. a. das Verbrechen des Totschlags, das crimen homicidii, sive sit casuale vel voluntarium, licet eandem poenam non contineant, [821] quia in uno casu rigor, in alio misericordia [2]. Dass die Anwendung der misericordia ein dem Könige vorbehaltenes Recht war, zeigt das Statut von Gloucester von 1278 (6 Edw. I), welches in c. 9 bestimmte, dass, wenn jemand einen Menschen tötete soi defendant [3] ou par misadventure, derselbe in Haft gehalten werden, das Gericht aber an den König berichten solle. Et le roy lui en fera sa grace s'il luy pleist [4]. Nachmals gehörten solche Fälle zur

---

vita et morti propinquior. Vgl. Bractons Note Book ed. Maitland, III 400, nr. 1460: quod ... nec per ipsum fuit morti appropiatus, nec a vita elongatus. [Vgl. Wilda, Strafrecht S. 599, Anm. 1 und v. Amira, Nordg. Obligationenrecht II 398, der auf die gleichartige Formulierung des Begriffs der Verursachung in den altenglischen und in den isländischen Quellen hinweist. So leugnet man nach Grágás II 390 die Anschuldigung, den Tod eines anderen verursacht zu haben, durch die Formel: der Getötete sei nicht dadurch seinem Leben ferner gewesen (vitae remotior), dass jener da war.

[1] Leges Henr. primi 90, 11.

[2] Bracton fol. 104b. Dagegen eilt Bracton seiner Zeit voraus, wenn er fol. 136b mit Berufung auf Dig. 48, 8, l. 14 (in maleficiis autem spectatur voluntas non exitus) den Satz verficht, dass bei willenloser Tötung freizusprechen sei. An einer anderen Stelle (fol. 120 f.) unterscheidet Bracton, ob eine erlaubte oder eine unerlaubte Handlung Anlass des Ungefährs war und ob im ersteren Falle die erforderliche Sorgfalt angewendet worden sei.

[3] Das englische Recht behandelt das „homicidium se defendendo" (wie das fränkische) nach Analogie der Tötung von ungefähr. In dem Rechtsfall: Bractons Note Book ed. Maitland III 229, nr. 1216 vom Jahre 1236/7 urteilt die Jury, dass der Beklagte non occidit in felonia set in se defendendo ... Dominus rex de gracia sua et non per iudicium perdonavit ei mortem illam et similiter fugam, quam fecerat pro morte illa. Vgl. Ssp. Ldr. II, 14. Ueber den Begriff der Tötung se defendendo Wilda, Strafrecht S. 563, Blacktone, Comm. IV 186 [H. Brunner, D. RG. II 630 f.].

[4] Dazu Fleta I, 23, § 15: sed si talis ... convincatur per patriam (durch den Wahrspruch der Jury), quod id fecit per infortunium vel se defendendo, tunc remittatur gaolae et cum regi super facti veritate certioretur, gratiose dispensabit cum tali, salvo iure cuiuslibet. [Vgl. Select pleas

Zuständigkeit der Court of Chancery, des Organs der königlichen Billigkeitsjustiz[1].

Der Standpunkt, welchen die fränkischen Tochterrechte einnehmen, findet sich für bestimmte Fälle schon in karolingischen Kapitularien angedeutet. So bestimmt ein Kapitular Karls des Grossen, dass die Haftung des Herrn für die Missethaten des Knechtes nicht über das Wergeld des freien Mannes hinausgehen solle[2]. Soweit diese Grenze nach Lage des Falles überschritten werden müsste, zieht ihn der König an sich, selbstverständlich, um Billigkeit walten zu lassen. Ein Kapitular von 819 enthält folgende Instruktion an die Missi über Eintreibung der dem König gewetteten Schuld, worunter Friedensgeld und Bannbusse zu verstehen sind: Ut de debito, quod ad opus nostrum fuerit rewadiatum, talis consideratio fiat, ut si qui ignoranter peccavit, non totum secundum legem conponere cogatur, sed iuxta quod possibile visum fuerit[3]. Die Zahlung der Brüche ist dem strengen Rechte gemäss rechtsförmlich versprochen worden. Allein die Missi sollen bei Eintreibung der Brüche, wenn sie unwissentlich verwirkt worden war, Billigkeit walten lassen. [Mit Rücksicht auf die Anwendung des fränkischen Grundsatzes in der italienischen Praxis bemerken die Lombarda-Kommentare, dass die Königsbusse bei ungewollter Missethat nicht in ihrem vollen Betrage erhoben werde[4].]

[822] Ein noch altertümlicherer Rechtszustand ist darauf angewiesen, mit dem Billigkeitsgefühl des Verletzten zu rechnen. Nach schwedischen Rechten wird unabsichtliche Tötung und Verwundung als Ungefährwerk (vaþaværk) nicht behandelt, wenn nicht beide Teile, der Thäter und der Verletzte, es wollen[5]. Es hing somit von dem

---

of the crown ed. Maitland I, nr. 114. 188. In dem Rechtsfall: Yearbook 2 Henry IV. 18 f. 8, citiert bei Holmes, Common Law S. 87, Anm. 2, wird der Grundsatz ausgesprochen, dass man durch unabsichtliche Tötung sein Gut verwirke und eines königlichen Gnadenbriefes bedürfe.]

[1] Siehe Coke, Institutes II 316 und vgl. Blackstone, Comm. IV 182. 188.

[2] Cap. 803—813, c. 1, Boretius, Cap. I 143. Die Haftungsgrenze findet ihre Erklärung in Decretio Childeberti vom Jahre 596, c. 10.

[3] Cap. missorum 819, c. 15, Boretius, Capit. I 290. Vgl. Cap. miss. 803, c. 13, I 116.

[4] [Ariprandus I, 2: compositio vero regalis integra ab eo non exigitur, qui ignoranter deliquit, set ab eo qui uoluntarie.]

[5] v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I 382.

Willen des Verletzten, beziehungsweise seiner Sippe ab, ob sie die That als absichtslose wollten gelten lassen, wenn der Thäter seinerseits gewisse Bedingungen erfüllte, die noch unten zur Sprache kommen sollen. [Nach norwegischem Rechte war es bei gewissen leiblichen Verletzungen, namentlich solchen, die aus Anlass gemeinschaftlicher Arbeit, wie Holzspalten, Baumfällen, Steinbrechen, geschahen, Sache des Verletzten oder, wenn er nicht mehr reden konnte, seines Erben, der Missethat ihren Namen zu geben, das heisst zu sagen, ob sie für ein Ungefährwerk gelten solle[1].]

Ein auffallendes Beispiel der Zähigkeit, mit welcher die Volkssitte die Verantwortlichkeit für schuldlos veranlasstes Unglück bei kaum wahrnehmbarer Kausalität geltend machte, liefert ein nordfriesisches Urteil vom Jahre 1439[2]. Ouen Alwerk braute Bier. Während er gerade abwesend ist, stehen Sweines Pons' Kinder bei der Braupfanne. Da gleitet die Pfanne vom Stapel und eines der Kinder wird so arg verbrannt, dass es am dritten Tage stirbt. Des Kindes nächste Magen wollen darum den Ouen Alwerk totschlagen. Der Herr des Hauses, zu welchem er auf Besuch gekommen war, wehrt ihnen die Rache, tötet aber dabei seinen eigenen Schwestersohn. Der Handel kommt vor sechs Schiedsrichter, die zu Recht finden, dass Ouen Alwerk den toten Mann und das tote Kind bezahlen und eine Pilgerfahrt nach Rom unternehmen müsse. Das Urteil machte also Ouen Alwerk für beide Todesfälle verantwortlich, für den des Kindes, weil seine Braupfanne, für den des Mannes, weil in letzter Linie er den Tod desselben verursacht hatte. Allerdings wurde das Urteil von Ouen Alwerk gescholten und im Wege des Rechtszuges dahin abgeändert, dass jener des Kindes schlechthin, des toten Mannes aber dann quitt sein solle, wenn er schwöre, dass er den Hausherrn nicht kämpfen hiess. Nichtsdestoweniger findet die Auffassung jener harten nordfriesischen Bauernköpfe, die das Schiedsurteil fällten, hinsichtlich des Kindes Stützpunkte in älteren Rechtsquellen, wenn wir voraussetzen, dass Alwerk, weil er das Unglück sich auch nicht als Ungefährwerk zurechnete und daher jede Haftung ablehnte, gewisse Massregeln unterlassen hatte, die der vollen Zurechnung des Unfalles vorgebeugt hätten.

---

[1] [v. Amira a. O. II 410.]

[2] v. Richthofen, Friesische Rechtsquellen, S. 570.

[Dass jenes Schiedsurteil nicht auf parteiischer Willkür beruhte, sondern aus ehrlicher Ueberzeugung erklärt werden darf, lässt sich aus einer Vorschrift des Konzils von Tribur folgern, welche durch den nordfriesischen Rechtsfall helle Beleuchtung empfängt. Cap. 37 des Triburer Konzils vom Jahre 895 bestimmt: Wenn eine Frau ihr Kind neben ein Feuer setzt und ein anderer einen Kessel über dem Feuer aufhängt und Wasser hineingiesst und das kochende Wasser überwallt und das Kind verbrüht, so dass es stirbt, so soll die Mutter nach dem Urteil der Priester propter negligentiam Busse thun, der Mann aber, der den Kessel aufhing, securus permaneat. In ähnlicher Weise wollen wir es in ähnlichen Fällen gehalten wissen, quae sepe diverse solent evenire [1]. Die Väter des Konzils traten mit diesem Kanon, wie insbesondere die Vergleichung mit dem vorausgehenden Kapitel ergibt [2], einer nach ihrer Auffassung ungerechten Gewohnheit entgegen, welche im erwähnten Falle für den Tod des Kindes jenen verantwortlich machte, der den Kessel aufgehängt hatte [3].]

2.

Trotz der Ahndung absichtsloser Schädigung war der begriffliche Gegensatz gewollter und ungewollter That den Germanen [823] nicht fremd. Die Unterscheidung war sprachlich vorhanden [4]. So hatte das Altdeutsche, um die rechtswidrige Absicht zu bezeichnen, u. a. das Substantivum fâra, fârida, unser Gefährde, das Verbum fâren, intendere, insidiari (vergl. unser willfahren), die Adjectiva fâri, gifâri, fârig [5]. Die lateinisch geschriebenen Rechtsquellen der fränkischen Periode sagen: per malum ingenium, ingenium, voluntate, per invidiam, inimicitiam, praesumptionem, de asto. Den Gegensatz bildet die ân geværde, ân gevære, die ohngefähr be-

---

[1] [Cap. II 234.]

[2] [grave peccatum est ... innocentem opprimere et securum crimine scienter criminosum habere.]

[3] [Noch vorsichtiger äussert sich der Text der Collectio Catalaunensis: videtur sola negligentia matris, non culpa eius, qui focum construxit vel aquam in caldariam misit.]

[4] Siehe die Zusammenstellung der massgebenden Ausdrücke bei v. Amira in Pauls Grundriss II, 2, S. 171.

[5] Graff III 575. Daneben ahd. und ags. inwit, ags. fâcen, langob. de asto (in der allgemeinen Bedeutung von dolus).

gangene That. Sie schliesst nach unserer heutigen Auffassung sowohl die kasuelle als die fahrlässige Handlung in sich, wobei denn freilich zu erwägen ist, dass das germanische Strafrecht entsprechend der pantheistischen Weltanschauung des germanischen Heidentums den Zufall nicht kennt und einen gegen den casus abgegrenzten Begriff der Fahrlässigkeit ebensowenig ausgebildet hatte als das griechische und altrömische [1] Recht. Lateinisch wird der Begriff des Ohngefährs gegeben durch non volens, nolens, extra voluntatem, casu, casu faciente, negligentia, per infortunium, wobei casus die negligentia, negligentia nicht selten den casus deckt. Die Angelsachsen unterschieden gewealdes und ungewealdes [2], willes und unwilles. Die altfranzösische Rechtssprache nennt das durch Ungefähr veranlasste Uebel mesaventure, misaventure und seine Ursache mescheance [3] oder meschief, Ausdrücke, die mit den Normannen auch in England heimisch wurden. Die Niederländer sprechen von ongevall, quade aventure, aventure [4]. Bei den Nordgermanen hiess die Ursache der absichtslosen Uebelthat vaþi, wörtlich ein Ding, das Schrecken bringt [5], und wird demgemäss zwischen viliaverk oder valdsverk einerseits, vaþaverk andrerseits unterschieden.

Gleich der sprachlichen geht auch die rechtliche Unterscheidung in hohes Altertum zurück. Doch fehlt dem älteren Rechte der durchgreifende Rechtssatz, dass absichtslose That anders zu behandeln sei als absichtliche. Es wird nicht in jedem Einzelfalle untersucht, ob die That mit oder ohne fâra begangen worden sei. Sondern es gelten für Ungefährwerke bestimmte Typen von Thatbeständen, welche derart gelagert sind, dass die Volksanschauung [824] ohne Untersuchung des Einzelfalles das Vorhandensein böser Absicht ausschliesst [6]. Daneben kommt in Betracht, dass bei gewissen Verbrechen, z. B. allgemein bei der Brandstiftung, die böse Absicht als begriffliches Merkmal in den Thatbestand aufgenommen

---

[1] A. Pernice, Labeo II 243. Brunnenmeister, Das Tötungsverbrechen im altrömischen Rechte 1887, S. 133.

[2] Siehe oben S. 495 zu Anm. 1.

[3] Beaumanoir ch. 69, 1 ff. Von mescheoir, minus cadere, übel fallen.

[4] Stallaert, Glossarium van verouderde rechtstermen 1887, S. 105.

[5] Nach v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 376 [II 105]. Brandt, Forelæsninger over den Norske Retshistorie II 38. Wilda, Strafrecht S. 544.

[6] H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 165, Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. I 222.

war [1]. So reicht einerseits die Behandlung der Tötungen, die durch Tierfallen, Brunnen, Gruben veranlasst wurden oder bei dem Fällen eines Baumes geschahen, andrerseits die Behandlung der Feuerverwahrlosung [2] sicherlich insofern in die altgermanische Zeit zurück, als sie nicht für Friedensbrüche galten. Die Absichtslosigkeit muss, wo nicht ausnahmsweise die böse Absicht zum Thatbestande gehört, zu sinnfälligem, allgemein begreiflichem Ausdruck gelangen. Darum hält man es für typisches Ungefähr, wenn die aufgehängte Waffe herabfällt und einen Menschen tötet, oder wenn das durch ein Geschoss geschieht, das von einem Steine abprallt. Dagegen sträubt man sich, die Tötung durch ein unmittelbar aus der Hand des Schützen abirrendes Geschoss als Ungefähr zu behandeln, weil in diesem Falle der Gegensatz von Wille und That in dem Thatbestande nicht zur Genüge verkörpert ist.

Der typische Zuschnitt der Ungefährwerke kann zur Folge haben, dass im einzelnen Falle als absichtslos auch eine That behandelt werden muss, welche die Form des Ungefährs an sich trägt, obwohl sie absichtlich begangen wurde [3]. Beseitigt oder doch wenigstens vermindert wird diese Gefahr durch das Erfordernis gehöriger Verklarung der That. Nach manchen Rechten gehört nämlich zum Thatbestande des Ungefährwerkes oder doch gewisser Ungefährwerke ein bestimmtes Benehmen des Thäters nach der That [4], insbesondere eine Handlung, durch welche er den Unfall als Ungefähr konstatiert, eine Verklarung des Unfalls, welche mit der Verklarung des deutschen Seerechts verwandt ist [5].

---

[1] Das trifft in den deutschen Volksrechten und ebenso in den nordgermanischen Quellen mit auffallender Regelmässigkeit zu. Rothari 146. 149. Lex Alam. 76. Lex Baiuw. 10, 1. Lex Rib. 17, 1. Lex Fris. 5, 1. Lex Sax. 38. Gulaþingslög 98. Skånelagen 14, 5. Sunesen 61. 129. Den dolus schliessen auch die Ausdrücke focum mittere, Feuer setzen, für Brandstiftung, blåsere (angelsächsisch) für Brandstifter in sich. Vgl. noch die schwedischen Stellen bei Wilda, Strafrecht S. 945.

[2] Dafür fällt u. a. auch die Uebereinstimmung zwischen Rothari 148 und Lex Sax. 55 ins Gewicht.

[3] v. Amira in Pauls Grundriss S. 172.

[4] v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 379 ff. Wilda, Strafrecht S. 595.

[5] Ein Gegenstück zur Behandlung des Ungefährs bildet die des Mordes im salischen Rechte. Wie dort, so wird auch hier ein bestimmtes Benehmen des Thäters nach der That verlangt. Aber nicht Verklarung, sondern Ver-

Nach nordischen Rechten wird Ungefähr als solches nur dann [825]
behandelt, wenn der Thäter, ohne den Rechtsgang abzuwarten, einen Eid anbietet und schwört, ausserdem die Leistung gelobt und sicherstellt, die er infolge der That schuldet. Der Eid heisst schwedisch vaþaeþer und lautet dahin, dass dieses kam von vaþi und nicht von vili. Er ist ein ausserprozessualischer Eid [1].

Dass auch nach westgermanischen Rechten der Thäter die Sache nicht immer an sich kommen lassen durfte, folgt schon daraus, dass er ein Interesse hatte, die That als Ungefähr zu verklaren, um die Fehde auszuschliessen, die statt des Rechtswegs zu wählen in gewissen Fällen, namentlich bei Totschlag, ein Recht des Verletzten, bezw. der beleidigten Sippe war. Uebrigens finden sich auch in den deutschen Quellen deutliche Spuren eines dem vaþaeþer verwandten Eides. Man darf ihn, obwohl er die Arglist, das Gefährde, negirt, als Gefährdeeid mit demselben Rechte bezeichnen, mit welchem wir das iuramentum calumniae so nennen.

Nach der Lex Saxonum kann der Herr, dessen Lite einen Totschlag verübte, den Liten preisgeben und selbzwölft schwören: se in hoc conscium non esse. Die That darf dann nur an dem Liten und sieben seiner Magen gerächt werden [2]. Der Eid des Herrn ist als ein der Rache und Klage zuvorkommender ausserprozessualischer Eid aufzufassen, weil er den Zweck hat, die Fehde auf den Liten und dessen Magschaft zu beschränken, und die Erhebung der Fehde gegen den Herrn eine gerichtliche Klage nicht voraussetzen, sondern ausschliessen würde. Auch in Stellen des langobardischen, des angelsächsischen, friesischen und alemannischen Quellenkreises finden sich Beispiele von Gefährdeeiden, welche als ursprünglich ausserprozessualische aufzufassen wenigstens möglich ist [3].

dunklung der That. Der Totschlag qualifiziert sich als Mord durch die Absicht der Heimlichkeit. Diese Absicht muss sich nach salischem Rechte darin äussern, dass der Totschläger den Leichnam des Erschlagenen zu verbergen sucht. Wie beim Ungefähr, wird beim Morde aus dem Benehmen des Thäters nach der That zurückgeschlossen auf die Beschaffenheit des Willens während der That, aus der Verklarung auf den Mangel des bösen Willens, aus der Verbergung des Leichnams auf die Absicht der heimlichen Tötung.

[1] v. Amira a. O. Für das dänische Recht siehe Eriks Saell. Lov (ed. Thorsen) c. 93 (III, 15) [Den westnordischen Rechten fehlt er. v. Amira a. O. II 409.]

[2] Lex Saxonum c. 18.

[3] Rothari 264. 342 (quia ... mox debuit proprio domino innotescere). Knut

Das fränkische Recht verlangt in Fällen erlaubter Tötung einen ausserprozessualischen Gefährdeeid, welchen hier zu besprechen [826] gestattet sei, weil er den salischen Gefährdeeid bei Ungefähr in helleres Licht setzt. Wer einen handhaften Missethäter erschlug, der sich der Festnahme widersetzte, soll nach Lex Ribuaria 77 beschwören, dass er ihn als friedlosen Mann erschlug. Sin autem ista non adimpleverit, homicidii culpabilis iudicetur. In einer Formel von Tours (30) wird ein Rechtsfall berichtet, wie jemand, von einem andern räuberisch angefallen, diesen aus Notwehr tötete. Er schwört deshalb zunächst, sicut mos est, in die Hände des Richters einen Zwölfereid, dass die Sache sich so verhalten habe: et sic est veritas absque ulla fraude vel conludio et in sua culpa secundum legem ipsum ferrobattudo fecit. Dieser Zwölfereid war kein prozessualischer Eid. Denn trotz dieses Eides ergeht hinterher das Urteil, dass der Mann, der die Notwehr freiwillig beschworen hatte, binnen 40 Nächten mit 36 Helfern schwören müsse. Et si hoc facere potuerit, de ipsa morte quietus valeat residere [1].

Nach Lex Salica 36 soll der Eigentümer eines Haustieres, welches einen Menschen getötet hat, die Hälfte des Wergeldes zahlen und für die andre Hälfte das Tier ausliefern, falls der Kläger die Tötung per testes beweist [2]. Das Erfordernis des Beweises setzt voraus, dass Klage erhoben wurde und der Beklagte die That geleugnet oder doch jedenfalls nicht eingeräumt hatte. Eine Anzahl von Texten der Lex Salica macht aber die Pflicht zur Zahlung des Wergeldes noch von einer andern Bedingung abhängig. Sie fügen nämlich hinzu: dum et ille dominus, cui pecus fuisset, antea legem non adimplevit [3]. Eine Gruppe von Handschriften sagt dann am Schluss der Stelle: Si enim dominus intellexerit [4], per lege se defendere potest, ut nihil pro ipso pecore

II, 75. Lex Fris. I, 13 (vgl. Richthofen, Friesische Rechtsquellen S. 60, 32). Lex Alam. 78, 6.

[1] Der Tenor dieses zweiten Eides ist in Form. Turon. 31 angegeben. Er entspricht dem ersten. Doch fehlt das „absque fraude vel conludio“.

[2] Et hoc (per) testibus fuerit adprobatus, Hessels Cod. 1 u. 2; et hoc per (cum) testibus potuerit adprobare, Cod. 2—6. 10; et hoc parentes illius testibus potuerint adprobare, Cod. 7—9.

[3] So in Cod. 5 u. 6; dum ille dominus pecoris antea legem non adimpleverit: Cod. 7. 8. 9; dum illius dominus cuius pecus erat ante legem non adimplevit: Cod. 10 (Herold).

[4] Wenn er von dem Unfall Kenntnis erhalten hat.

solvat [1]. Die Emendata verlangt vom Kläger den Beweis: quod dominus pecudis antea legem non adimpleret. Unter dem legem adimplere, welches antea, d. h. vor Erhebung des Rechtsstreites, geschehen muss, ist m. E. die Leistung des Gefährdeeides und die sofortige Auslieferung des Tieres zu verstehen [2]. Das geht aus [827] der Vergleichung mit Lex Salica 35, 5 und Edictum Chilperici c. 5 hervor. Hat ein Knecht oder Lite einen Menschen getötet, so wird er für die Hälfte des Wergelds den Verwandten des Getöteten ausgeliefert. Die andere Hälfte hat der Herr zu zahlen. Jüngere Texte haben den Zusatz: et si intellexerit, de lege potest se obmallare ut hoc non solvat [3], aut si intellexerit, de lege se obmallare potest, ut ipsa leode non solvat [4]. Der Zusatz beruht auf c. 5 des Edictum Chilperici [5]: si servus hominem ingenuum occiderit, tunc dominus servi cum VI iuramento (affirmet), quod pura sit conscientia sua, nec suum consilium factum sit nec voluntatem eius, et servum ipsum det ad vindictam. Offenbar ist es ein derartiger Gefährdeeid und die Preisgebung des Tieres, was die jüngeren Texte der Lex Salica in Titel 36 meinen. Beide Handlungen müssen erfolgt sein, ehe es der Eigentümer zur Klage kommen liess, wie besonders aus der Fassung der Emendata deutlich hervorgeht.

Eine niederländische Rechtsquelle, das Brieler Rechtsbuch [6], erwähnt einen Gefährdeeid für den Fall, dass der Diener, den jemand gedungen, durch Ungefähr den Tod findet. Besorgt des-

---

[1] Cod. 7. 8. 9. Die Heroldina hat: si vero pecoris dominus vitium in eo non intellexerit, secundum legem exinde se potest defendere et de ipso pecore nihil solvat (d. h. wenn der Herr nicht wusste, dass das Tier ein schädliches Tier sei, dessen Fehler nicht kannte).

[2] Nach schwedischen Rechten darf es der Tiereigner nicht auf den Prozess ankommen lassen, wenn er nicht strafrechtlich verfolgbar werden will, d. h. er muss aus freien Stücken anbieten, was er zu leisten hat, die framsæld, nämlich die Auslieferung des Tieres und die orunbot. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 397.

[3] Lex Sal. 35, 5, Cod. 5 und 6.

[4] Lex Sal. 35, 5, Cod. 7. 8. 9. Vgl. Cod. 10 und Emendata.

[5] Das bemerkten schon Jastrow, Zur strafrechtlichen Stellung der Sklaven bei Deutschen und Angelsachsen 1878, S. 17 und Leseur, Les conséquences du délit de l'esclave, Revue historique de droit français et étranger 1888, S. 702.

[6] Matthijssen ed. Fruin en Pols S. 210 f.

halb der Herr eine Ansprache von seiten der Obrigkeit oder ongonste ende bedenckenisse von seiten der Verwandten [1], so bittet er den Richter, einen Tag zu setzen, damit er sich entrede
[828] von seines Boten Tod. Nachdem er herausgegeben, was er von des Toten Habe in seinem Hause hatte, und den rückständigen Liedlohn bezahlt hat, sagt ihm ein Urteil der Schöffen, er solle schwören, dass B. sein Knecht by versuuimenisse sijns tselfs ende by quader aventuren ende sonder toedoen van hem van live ter doot comen is. Der Herr schwört diesen Eid und bittet dann um ein Urteil: so hy hem aldair mit recht ende vonnes .. hem selven ghevrijt heeft von B' doot, dat hy dairof vry ende onbelast wesen sal jeghen der heerlichkeit, jeghen B' vrienden ende maghen ende jeghen yghelic anders. Ueber das Urteil: vry ende quyte van B' doot, lässt er sich schliesslich einen Stadtbrief geben.

Einen ähnlichen Gefährdeeid zeigen niederländische Verklarungsurkunden aus der ersten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts [2]. Kam auf einem Schiffe ein Schiffsmann durch Ungefähr um das Leben, so hatte der scipheer unter Eideshilfe seiner Leute mit aufgereckten Fingern einen gestabten Eid zu schwören, dass der Verunglückte aflivich geworden is by crancker aventuer ende

---

[1] Mit Recht sagt schon Wilda, Strafrecht S. 554: Es müssen diejenigen, welche im Geschäft oder Dienst eines anderen umgekommen oder beschädigt wurden, von diesem vergolten werden. Unbegründet ist der Widerspruch, welchen Hertz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes in Gierkes Untersuchungen 6, 59 dagegen erhebt. Den in Rothari 152 vermissten Beweis liefern u. a. Paenitentiale Valicellanum I. c. 15 bei Wasserschleben, Bussordnungen S. 549 (II. c. 8 bei Schmitz, Bussbücher 1883), wo die Arten absichtslosen Totschlags angeführt werden: quartum (genus nolentis homicidii), cum quis in suo aedificio aliquem operandi causa solummodo invitaverit et ille forte hoc tunc morte periclitaverit, invitator eius III annos peniteat eo quod pro suo eum conduxerit opere; quintum, cum quis in quocumque suo officio vel ministerio sive per arborem, sive per ignem, sive per aquam, sive per qualecunque opus suum aliquis quovis periclitaverit casu, V annos peniteat eo quod casu hoc accidit, ferner Leges Henrici primi 90 c. 11: si quis alii missione in missatico causa mortis sit ... [Ueber analoge Fälle in den nordgermanischen Rechten handelt v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 387, II 408 f.]

[2] Fruin, De oudste Rechten der Stad Dordrecht 1882, II 52, nr. 70 vom Jahre 1427. Vgl. nr. 99, S. 75 vom Jahre 1436, wo ein Zeugenbeweis geführt wird.

by sijn selfs versumenisse sonder yements toedoen [1]. Auch die Verklarung von Seeunfällen, welche Schiff und Ladung betreffen, war nach deutschen Seerechten ursprünglich nicht ein Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtnis, sondern ein Eid mit Helfern, ein ausserprozessualischer Gefährdeeid, durch den der Schiffer und seine Leute die Schuld an dem Unfalle von sich ablehnten [2].

Im allgemeinen ist bei den deutschen Stämmen der ausserprozessualische Gefährdeeid schon früh in einen prozessualischen verwandelt worden [3], indem man bei Ungefährwerken, die als solche beschworen werden mussten, dem Verantwortlichen auch nach erhobener Anklage gestattete, die Absichtslosigkeit geltend zu machen und eidlich zu erhärten.

3.

Die Behandlung des Ungefährs, welches als solches anerkannt war, gestaltete sich verschieden in den verschiedenen Rechten und zu verschiedenen Zeiten. Gemeinsam ist, dass die That nicht als Friedensbruch angesehen wird und dass daher die Rache und Fehde [4], [829]
sowie die Zahlung von Friedensgeld ausgeschlossen bleibt. Dagegen legt das ältere Recht wenigstens in den meisten Fällen dem Verantwortlichen die Pflicht auf, volles Wergeld, bezw. volle Busse zu zahlen.

Strafrechtliche Ahndung ist damit nicht völlig ausgeschlossen. Denn die Compositio geht auch nach Abzug des Fredus durchaus nicht gänzlich in dem Gedanken des Schadenersatzes auf. Soweit sie nicht einen rein pönalen Charakter hat [5], schliesst sie regel-

[1] Laut der Verklarung von 1427 hinterlegte der Schiffer vor Gericht des Verunglückten Lohn, eine gute Krone. Der Bruder desselben nimmt sie in Empfang ende vordroege ende quijtscoude H. ende Y. daerof alle moynisse. Fruin II 52, vgl. I 235, nr. 79.

[2] Meno Pöhls, Handelsrecht III, 2, S. 688 f. R. Wagner, Handbuch des Seerechts I 399.

[3] Vgl. v. Amira in Pauls Grundriss a. O., S. 172.

[4] Mit den bekannten Stellen der deutschen Volksrechte, Lex Burg. 18, 1, Roth. 75. 138. 387, Liu. 136, Lex Sax. 57. 59 vgl. man Beaumanoir, Cout. du Beauvoisis ch. 69, 3 über den Fall der Abirrung: on ne lor en doit riens demander, ne metre en guerre celi qui trait le seete.

[5] So die salischen Diebstahlsbussen, welche neben dem Ersatz (capitale und dilatura) zu leisten sind, so die salischen Bussen für Lebensgefährdung (seolandefa), bei welcher ein damnum nicht vorliegt.

mässig Ersatz und Strafe in sich[1]. Doch zeigt sich schon früh die Tendenz, die Ungefährbussen möglichst auf den Schadenersatz einzuschränken, die Strafe, soweit eine solche in der Compositio steckt, auszuschliessen. Das geschieht aber nicht etwa in der Weise, dass ein der Lage des Falles entsprechender Ersatzanspruch gegeben wird, sondern so, dass nur eine Quote, z. B. die Hälfte oder ein Drittel des Wergeldes oder der Busse, verlangt wird. So hat nach salischem Rechte der Herr, wie bereits oben bemerkt wurde, bei Auslieferung des schuldigen Knechtes oder des schädlichen Tieres, die einen Freien töteten, nur die Hälfte des Wergeldes zu zahlen. Es scheint dies gerade jene Quote des Wergeldes zu sein, die man bei den Franken als Ersatz zu betrachten geneigt war. Ein jüngeres Stadium der Entwickelung bezeichnet es, wenn das Recht nicht mehr eine Quote der Compositio, sondern schlechtweg den Schadenersatz verlangt. Manchmal wird die Haftung noch weiter abgeschwächt, insbesondere auf eine blosse Sachhaftung eingeschränkt, zumal wenn der Verantwortliche gewisse, die Verantwortlichkeit abwälzende Bedingungen erfüllt, von welchen noch unten die Rede sein wird. Dagegen ist der Grundsatz des entwickelten römischen Rechtes, dass Haftung nur im Falle der culpa begründet sei, dem deutschen Rechte in der Zeit seiner ungestörten nationalen Entwickelung fremd geblieben, eine Erscheinung, die nicht etwa nur aus dem jugendlichen Charakter des deutschen Rechtes zu erklären ist, sondern mit seiner sozialen Struktur zusammenhängt, wie denn z. B. die Zahlung des Wergeldes in gewissen Fällen unverschuldeter Tötung wirtschaftliche Funktionen
[830] versah, für welche unsere neueste Reichsgesetzgebung die Rechtssätze über Haftpflicht und Unfallversicherung geschaffen hat[2].

Der Fortschritt in der Behandlung des Ungefährs zeigt sich im allgemeinen darin, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit mehr und mehr der rein civilrechtlichen weicht und die Zahl der Typen des Ungefährs vermehrt wird, indem sie zugleich eine abstraktere Ausprägung erfahren.

Der Einfluss, den die Kirche auf diese Entwickelung nahm, darf nicht überschätzt werden. Einerseits finden sich Rechtssätze,

---

[1] So die Busse für die Tötung eines Knechtes, die sich bei den Franken nach Abzug des fredus als Verdoppelung des Sachwertes darstellt. Siehe H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 232 [II 613].

[2] Argum. Rothari 144. 152. Siehe oben S. 504, Anm. 1.

in welchen, weil ein kirchliches Interesse in Frage steht, die absichtslose That schonungslos gleich der absichtlichen geahndet wird, wie z. B. der durch Ungefähr veranlasste Brand einer Kirche[1]. Andrerseits stehen die kirchlichen Bussbücher zum Teil unter dem Einfluss des germanischen Rechtes. Dass unfreiwillige Tötung kirchlich gebüsst werden musste, war allerdings altes kirchliches Recht. Schon das Konzil von Ancyra verlangt dafür mehrjährige Busse. Allein rein germanisch ist es, dass die Fälle kasueller Tötung in einzelnen Bussbüchern typisch behandelt werden. So zählt ein fränkisch-langobardisches Paenitentiale[2] sieben „genera nolentia homicidiorum" auf, darunter den Fall, dass der für einen Bau gedungene Arbeiter durch denselben verunglückt, dass jemand im Dienste eines andern, durch einen Baum oder durch Feuer oder Wasser sive per qualecumque opus suum von ungefähr das Leben verliert, dass jemand auf ein Tier schiesst und einen Menschen trifft, dass der Arzt den Kranken zu Tode kuriert, dass die nutrix ein Kind erdrückt.

4.

Als eine besondere Gruppe heben sich unter den Ungefährwerken diejenigen heraus, in welchen der zunächst Verantwortliche die Verantwortung teilweise oder gänzlich auf ein caput nocens, auf den unmittelbaren auctor criminis abwälzen konnte, für den er nach strengem Rechte als Eigentümer haftete. Solche Haftung bestand für Unthaten des Knechtes und für Unfälle, welche durch [831]
Haustiere, ja sogar für solche, welche durch leblose Gegenstände verursacht wurden. In all den Fällen dieser Haftung lässt sich ein auffallender Parallelismus der Entwickelung wahrnehmen.

---

[1] Lex Salica, Herold 71 (Hessels, Sp. 358): si quis voluntario ordine aut fortasse per negligentiam basilicam incenderit ... 8000 den. qui fac. sol CC (culp. iud.), eine Bestimmung, die um so härter ist, als sonst gerade bei der Brandstiftung böse Absicht verlangt wurde. [Der Rechtssatz dürfte auf ältere gleichartige Strafbestimmungen zum Schutze der heidnischen Heiligtümer zurückgehen.] Vgl. noch Cap. legg. add. 818/9, c. 1, I 281.

[2] Valicellanum I, c. 15 bei Wasserschleben S. 549 (II, c. 8 bei Schmitz). Es beruht auf Columbanischer Grundlage, ist m. E. langobardischer Herkunft und geht vermutlich auf den Einfluss Bobbios zurück. Der Versuch von Schmitz, eine Anzahl von Bussbüchern, darunter die beiden Valicellana, auf römischen Ursprung zurückzuführen, darf, wie das ganze Buch, nicht ernst genommen werden.

Es gab eine Zeit, da der Herr für Unthaten des Knechtes die volle Verantwortung trug. Er war der Fehde ausgesetzt oder hatte die Missethat als Prozesspartei zu vertreten und zu sühnen. Diese unbeschränkte Haftung des Herrn wurde nur für den Fall der Mitwissenschaft aufrecht erhalten, im übrigen aber die Vergeltung teilweise oder gänzlich auf das Haupt des Unfreien gelegt. Wie für die prozessualische Behandlung der Sklavendelikte sich im fränkischen Rechte zunächst ein besonderes Beweisverfahren gegen den Sklaven, dann ein selbständiger Sklavenprozess ausbildet, so entsteht ein besonderes Sklavenstrafrecht, welches den Herrn seiner Haftung mehr und mehr entlastet[1].

Der Ausgangspunkt dieser Entwickelung liegt in der Auslieferung und in der Preisgebung des Unfreien. So lange die Fehde erlaubt war, stand es bei Tötungen in der Wahl der Sippe, gegen den Herrn die Fehde oder den Anspruch auf Sühne geltend zu machen. Seit die Fehde auf den Fall der Mitwissenschaft beschränkt war, hatte der Herr, um den Totschlag zu sühnen, den ohne sein Wissen der Knecht begangen hatte, an die Magschaft des Getöteten das Wergeld zu zahlen und ihr den schuldigen Knecht auszuliefern, an dem sie Vergeltung übte. Die That des Knechtes wird nicht mehr als absichtliche That des Herrn, sondern, wenn er den Schuldigen ausliefert, nur noch wie ein Ungefährwerk des Herrn behandelt. Das ist im wesentlichen der Standpunkt des altlangobardischen Rechtes, nach welchem der Herr die volle compositio zahlt, in welche der Wert des „ad occidendum“ ausgelieferten Sklaven einzurechnen ist[2]. In andren Rechten wird die Haftung des Herrn auf eine Quote des Wergeldes beschränkt. So auf die Hälfte im salischen Rechte, nach welchem die Zahlung der andren Hälfte durch die Auslieferung[3] des Unfreien ersetzt wird. Mit dem halben Wergeld begnügt sich auch das alamannische Recht[4]. Zwei Drittel verlangen das mittel- und das westfriesische

---

[1] Georg Meyer, Z. f. R. G. germ. Abt. II 94 ff. Leseur a. O. S. 576 ff.

[2] Rothari 142 bei Giftmord. Dass es nicht darauf beschränkt war, zeigt Luitprand 21. Vgl. Grimuald 3. Georg Meyer, a. O. S. 91, Anm. 2.

[3] Lex Salica 35, 5. Die Auslieferung erwähnen u. a. auch Lex Alam. 30 (bei Diebstahl in curte ducis), die Lex Baiuw. 8, 2; 8, 9 (bei Ehebruch und Unzucht), Hloth. und Eadric 1—4, Ine c. 74.

[4] Pactus Alam. 3, 17.

Recht[1]. Bei den Franken wurde es dem Herrn gestattet, sich durch Erfüllung gewisser Bedingungen von jeder persönlichen Haf- [832] tung zu befreien, so nach Chilperichs Edikt (c. 5), indem er den Gefährdeeid schwört und den Knecht ad vindictam ausliefert oder, falls dieser entflohen war, sein Recht daran aufgibt.

Verschiedene Rechtsquellen verlangen nicht geradezu die Auslieferung, sondern begnügen sich mit einem einseitigen Entäusserungsakte, durch welchen der Herr den missethätigen Eigenmann aufgibt. So soll nach Lex Saxonum c. 18 der Herr, dessen Lite einen Totschlag beging, diesen entlassen (dimittatur a domino) und damit der Rache der beleidigten Sippe preisgeben, wodurch sich der Herr, wenn er den Gefährdeeid schwört, von jeder persönlichen Haftung befreit. Nach Ine c. 74 darf der Herr den wälischen Knecht, der einen Engländer erschlug, freigeben (gefreôgan). Hat der Wäle eine freie Magschaft, so mag diese das Wergeld für ihn bezahlen. Wenn nicht, so mögen seine Feinde sich seiner bemächtigen[2]. Ein einseitiges dimittere kannte auch das fränkische Rechtsleben. Hat ein Schuldknecht eine Missethat begangen, so kann sich der Herr der persönlichen Haftung entledigen, indem er den Schuldknecht vor Gericht aufgibt (demittit), wodurch er freilich auch seine Forderung verliert[3]. Auch bei eigentlichen Knechten suchten sich im fränkischen Reiche die Herren durch einseitigen Abandon zu helfen. Allein dies wurde durch karolingische Kapitularien im Interesse des Landfriedens und der Strafjustiz verboten und der Grundsatz aufgestellt: nemini liceat servum suum propter damnum ab illo cuilibet inlatum dimittere[4].

---

[1] Lex Frisionum 1, 13.

[2] hêdan his þâ gefân. Schmid übersetzt: sich hüten. Hêdan heisst aber einerseits jemanden hüten, observare, andererseits auch sich bemächtigen. Exodus 583. Metr. 27, 15. Grein, Sprachschatz s. h. v.

[3] Cap. legg. add. 803, c. 8, Capit. I 114.

[4] Cap. legi Rib. add. v. J. 803, c. 5, Capit. I 117. Cap. 804—813, c. 1, I 145. Ob unter dem dimittere ein formloses Aufgeben oder eine förmliche Freilassung zu verstehen sei, ist streitig. Für das erstere v. Richthofen in Mon. Germ. LL. V 57, Anm. 43, dagegen neuerdings Leseur, Revue historique de droit français 1888, S. 583, Anm. 4, S. 704 ff., aber nicht überzeugend. Trotz des Verbotes der dimissio finden wir die rechtsförmliche Freilassung im südlichen Gallien, wahrscheinlich als Nachwirkung des bekannten römischen Grundsatzes: noxa caput sequitur (Lex Rom. Wisig. Paulus II, 32, § 12). Laut

Nach jüngeren Quellen des deutschen Rechtes, welche die Missethat des Knechtes ausschliesslich ihm selbst zurechnen, haftet der Herr nur, wenn er ihn, nachdem er die Unthat erfahren hatte,
[833] in seiner Were behält, wenn er ihm Nahrung gibt oder wenn er ihn durch längere Zeit (z. B. über Nacht) behält oder wenn er ihm mehr als einmal zu essen gibt[1]. Dieser Grundsatz galt auch für den Hausherrn schlechtweg in Ansehung der Hausangehörigen, insbesondere der Hauskinder[2]. Er beruht auf dem Gedanken, dass wer den Verbrecher, den Friedlosen beherbergt oder unterstützt, sich strafbarer Begünstigung schuldig macht[3].

Das Schicksal des ausgelieferten oder preisgegebenen Knechtes lag ursprünglich in der Hand des Verletzten, bez. seiner Sippe[4]. Doch forderte bei Tötungen und bei schweren Missethaten die Volksanschauung schon aus religiösen Gründen den Tod des Schuldigen, der einstens wohl regelmässig Opfertod war, wie denn überhaupt das sakrale Moment der sogenannten Todesstrafe auch in Fällen der Rache, namentlich bei Auslieferung des Verbrechers an

---

einer Urkunde von 819, Vaissete, Hist. de Languedoc II nr. 49, wurde ein Knecht freigelassen, welchem wegen Totschlags amtliche Verfolgung drohte. Die Freilassung vermittelte ein Abt, den der Herr gebeten hatte, ut si de Benedicto servo suo aliquid contingeret de parte imperatoris aut Berengarii comitis, qui eum requirebat propter homicidium, unde eum interpellabat ... ingenuum eum faceret. Die Urkunde steht auch bei Thévenin, Textes relatives aux institutions privées etc. S. 80.

[1] [Nach den älteren norwegischen und nach schwedischen Rechtsquellen besteht wenigstens wegen gewisser Unthaten des Eigenmanns keine persönliche Haftung des Herrn, wenn er den Thäter auf Verlangen des Verletzten preisgibt. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II 416 f., I 393. Erst infolge einer jüngeren Rechtsbildung sei, so führt Amira aus, Herrenhaftung an die Stelle ursprünglicher Sachhaftung getreten. Die westgermanischen Rechte zeigen die umgekehrte Entwicklung.]

[2] Siehe Stobbe, Deutsches Privatrecht III 389. Rive, Vormundschaft II, 2, S. 56 f. Hertz, Rechtsverhältnisse des freien Gesindes in Gierkes Untersuchungen 6, 43 ff. Siegel und Tomaschek, Die Salzburgischen Taidinge 1870, S. 433 in den unter Antwortpflicht angeführten Stellen.

[3] So schon Rive a. O. S. 66. Ueber das altnorwegische Recht siehe insbesondere v. Amira, Vollstreckungsverfahren S. 81 f.

[4] Unbegründet sind m. E. die Bedenken, welche v. Amira, Vollstreckungsverfahren S. 84 gegen die Rache an dem unebenbürtigen Knechte, an dem unvernünftigen Tiere erhebt. Siehe oben S. 508 f., unten S. 513 Anm. 3 [und jetzt auch v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II 416, Anm. 4].

den Verletzten, eine bedeutsame Rolle spielte[1]. Nach Rothari 370 soll der Knecht des Königs, der einen Mord begangen hatte, über dem Grabe des Ermordeten aufgehängt, nach Lex Salica 70 der Knecht, der sich mit einer Freien verbunden hatte, gerädert werden. In beiden Fällen handelt es sich um Racheakte der beleidigten Sippe[2].

Seit die Christianisierung der Germanen die religiösen Motive [834] der Rache abschwächte, begann die Rechtsordnung auf verschiedene Weise die Bestrafung des Schuldigen sicher zu stellen. Sie verhängte über den Knecht in schwereren Fällen die Todesstrafe, in leichteren Verstümmelung oder Prügelstrafe[3]. Soweit die Lebens- oder Leibesstrafe von dem Verletzten vollstreckt ward, vollstreckte er sie nicht mehr kraft eigenen Rechtes, sondern als Organ der öffentlichen Gewalt[4]. Bei gewissen Verbrechen, so bei Raub und Diebstahl, macht es schon die merowingische Gesetzgebung im Interesse der Friedensbewahrung dem Herrn zur unbedingten Pflicht, den Knecht an die öffentliche Gewalt auszuliefern, welche das Ver-

[1] Das Verbrennen wegen Zauberei in Lex Sal. 19, 1 Cod. 2 ist eine Handlung der beleidigten Sippe. Denn in erster Linie steht auf Giftmord Zahlung des Wergelds, eventuell Feuertod, nämlich bei Insolvenz, also in dem Falle, in welchem der Schuldige nach salischem Rechte dem Verletzten übergeben wird. Als Racheakt ist es auch zu erklären, wenn Fredegunde (Gregor. Tur. Hist. Franc. 6, 35) geständige Hexen, weil sie den Tod des Königssohnes verschuldet hatten, teils verbrennen, teils rädern lässt. Nach dem Briefe des heiligen Bonifatius an Aethilbald von Mercien (Jaffé, Bibliotheca III 172) a. 744—747 wurde bei den Altsachsen die Entehrte gezwungen, sich das Leben zu nehmen. Ueber ihrem Grabe wurde dann der Entehrer aufgehängt. Die ihn aufhängen, sind dieselben, welche die Entehrte zum Selbstmorde zwingen. Nur Genossen der verletzten Sippe können damit gemeint sein.

[2] Gregor von Tours erzählt Hist. Franc. 7, 47, dass ein Sklave, der seinen Herrn verwundet hatte, von dessen Verwandten mit abgehauenen Händen und Füssen an den Galgen gehängt wurde. Nach Östgötalagen Db. 13, § 2 darf der Unfreie, den der Herr nicht auslöst, von den Verwandten des Erschlagenen mit dem Eichenstrang um den Hals am Thürpfosten seines Herrn aufgehängt werden. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 708. Die Bemerkung Brunnenmeisters, Tötungsverbrechen im altröm. Recht S. 173, dass bei den Germanen die Blutrache mit religiösen Vorstellungen nichts zu thun habe, lässt sich nicht aufrecht erhalten.

[3] Georg Meyer, Z. f. R. G. germ. Abth. II 92 f., 94 f.

[4] Argum. Cap. ital. a. 801, c. 4, I 205 verglichen mit Ed. Chilperici c. 8, i. f. Capit. I 10 (cui malum fecit, tradatur in manu et faciant exinde quod voluerint).

brechen von Amts wegen bestraft. Stellen des langobardischen Edikts lassen es zwar bei der Auslieferung an den Verletzten bewenden, verbieten aber in bestimmten Fällen, dass der Herr den Knecht wieder einlöse[1], oder sprechen, wenn die Ahndung unterbleibt, den Schuldigen der öffentlichen Gewalt zu[2].

5.

Was die Haftung für Uebelthaten von Tieren betrifft, so scheint hinsichtlich bestimmter Haustiere eine altgermanische Ueberlieferung bestanden zu haben, wie aus der Uebereinstimmung der alliterierenden Formeln gefolgert wird, in welchen einst bei Friesen und Langobarden, bei ost- und westnordischen Stämmen von der Haftung für Hengstes Huf, Rindes Horn, für den Hauer des Ebers und für den Biss des Hundes die Rede war[3]. Fehlt es nicht an Spuren unbeschränkter Haftung des Eigentümers für Uebelthaten von Tieren[4], so hat sich doch schon frühzeitig der Grundsatz ausgebildet, dass das Unheil, das jene Haustiere anrichten, in der Regel nicht als Friedensbruch angesehen werde. Nach Rothari 326
[835] ist die Fehde[5] ausgeschlossen, quia muta res[6] fecit, nam non hominis studium. In der Rechtsanschauung, dass Vieh kein Gewette verbricht, stimmen Rechtsquellen örtlich weit getrennter

---

[1] Rothari 142.

[2] In Rothari 221 heisst es von dem Knechte, welcher sich mit einer Freien verbindet, animae suae incurrat periculum. Was damit gemeint sei, zeigt Liutprand 24, wonach, wenn die Verwandten nicht binnen Jahresfrist Rache nehmen, ipse servus ad puplicum replecetur.

[3] Grimm, Rechtsaltertümer S. 664. v. Amira, Zweck und Mittel S. 56.

[4] Hinsichtlich wilder Tiere siehe Ssp. Ldr. II, 62, Sunesen c. 55: pro illata morte ab animalibus ..... assumens secundum antiquas leges tenetur persolvere, quantum si facinus in persona propria commisisset. Volles Wergeld verlangt Pactus Alam. 3, 17, si caballus boves aut porcus hominem occiderit. [Vgl. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II 422.]

[5] Vgl. Lex Burg. 18, Lex Sax. 57.

[6] Sprachlose Wichte (oqueþins vitr) nennt jene vier genannten Tiere eine schwedische Rechtsquelle. v. Amira, Obligationenrecht I 397. Indem Beaumanoir die Justifizierung der Tiere bekämpft, die einen Menschen getötet haben, führt er ch. 69, 6 aus: car bestes mues n'ont nul entendement, qu'est biens ne qu'est maus. Et por ce est che justice perdue. Car justice doit estre fete por le venjance du meffet et que cil qui a fet le meffet, sace et entende que por cel meffet il emporte tel paine; mais cix entendemens n'est pas entre les bestes mues.

Rechtsgebiete überein[1]. Dagegen ist der Eigentümer verpflichtet, Wergeld oder Busse oder eine Quote der Compositio zu zahlen, die sich in den einzelnen Rechten verschieden gestaltet.

Bei schwereren Uebelthaten, so insbesondere im Falle der Tötung eines freien Menschen, ist das schädliche Tier an den Verletzten, bezw. an dessen Sippe auszuliefern. Wie schon J. Grimm[2] bemerkte, wurde die Auslieferung wahrscheinlich verlangt, damit die Verwandten des Getöteten das verhasste Tier umbringen könnten[3]. Der Wert des ausgelieferten Tieres wurde wohl meist in die Zahlung des Wergeldes oder der Busse eingerechnet. Nach den beiden fränkischen Volksrechten wird bei Tötungen freier Menschen das Tier ebenso wie der Knecht statt der Hälfte des Wergeldes hingegeben[4]. Gemäss den Zusätzen jüngerer Texte der Lex Salica, welche oben S. 502 erörtert worden sind, brauchte der Eigentümer nichts zu zahlen, wenn er, ehe die Sache streitig wurde, den auctor criminis auslieferte und den Gefährdeeid leistete. Dieser Eid lautete nach der Heroldina dahin, dass er die schädliche Eigenschaft des Tieres nicht gekannt habe. Ich halte es für wahrscheinlich, dass die ältesten Texte der Lex Salica im Titel 36 bereits ein ursprünglich strengeres Recht gemildert haben, welches den Gefährdeeid und die freiwillige Auslieferung des Tieres neben dem halben Wergelde verlangte, während im Fall prozessualischer Ueberführung die That als eigene zu büssen war. Darauf lässt der [836] Umstand zurückschliessen, dass Quellen der salischen Tochterrechte strenger sind als die Lex Salica. Nach den Établissements de Saint Louis und den damit verwandten Rechtsquellen zahlt der

[1] Lex Rib. 46. Ssp. Ldr. II, 40, § 3. Livre des droiz et des commandemens d'office de Justice ch. 119: cellui à qui la beste sera, est tenu de amender les dommages au blecié; et si ne fera amende à justice, par quoy il ose iurer qu'il ne sceust la teiche de la beste. Keure des Landes Waes von 1241, c. 41, Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte II, 2, Urk. Buch nr. 220, S. 183: ... secundum quantitatem laesurae ... debet satisfieri laeso vel laesis. Dominus autem equorum vel boum ... remanebit erga comitem absque forefacto. Ueber die schwedischen Rechte v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 396 ff.

[2] Rechtsaltertümer S. 664.

[3] Vgl. Lex Wisig. 8, 4, c. 20: eum (canem) illi tradat .., ut eum occidat und Schwabenspiegel, Lassberg c. 204: und dem der schade geschiht, wil der, er mag ez toeten.

[4] Lex Salica 36. Lex Rib. 46.

Eigentümer des tötenden Tieres le relief d'un homme, nämlich 100 Sous und 1 Denar[1], und verliert ausserdem das Tier, welches der Obrigkeit verfällt. Dabei muss er schwören, dass er die schädliche Eigenschaft des Tieres nicht gekannt habe. Kann er diesen Eid nicht leisten, so wird er aufgeknüpft[2]. Nach Bouteiller soll der Herr, wenn er vorher wegen der Schädlichkeit des Tieres vergeblich von der Obrigkeit verwarnt worden war, zu Tod und Friedlosigkeit verurteilt werden[3]. Eine Keure für das Dorf Piet in Flandern von 1265 spricht den Eigentümer von der Haftung gegen die Obrigkeit frei, wenn er dem Verletzten die That bessert. Leugnet er aber und wird er vom Gericht überführt, so soll er nicht nur den Schaden bessern, sondern dem Herrn 10 Schillinge und ebensoviel dem Verletzten zahlen[4].

Günstiger ist dem Eigentümer eine Gruppe von Rechtsquellen, welche nicht die Auslieferung und Darbringung des Tieres verlangt, sondern sich mit einseitiger Preisgebung begnügt, die aber sofort erfolgen muss, nachdem der Eigentümer von der Uebelthat Kenntnis erlangt hat.

Der Sachsenspiegel lässt den Herrn des tötenden Tieres das Wergeld zahlen, wenn er es in die Gewere nahm, nachdem er das Unheil erfahren hatte. Sleit he't aver ut unde ne hovet noch ne huset noch ne etet noch ne drenket he't, so is he unschuldich an'me scaden; so underwinde's sik jene vor sinen scaden of he wille[5].

Nach flandrischen Keuren aus den Jahren 1241 und 1264 ist der Eigentümer des Pferdes oder Ochsen, die einen Menschen getötet haben, von Haftung frei, wenn er das (seit zwei Nächten) schädliche Tier aus dem Hause treibt und sich davon lossagt[6].

---

[1] Wohl das alte Romanenwergeld und kaum das halbe Wergeld des freien Franken, entsprechend der medietas compositionis in Lex Salica 36.

[2] Établissements de Saint Louis I, ch. 125. Vgl. Viollet, Établ. de Saint Louis I 232 ff.

[3] Somme rurale I, titre 38, de la beste tuer homme. Vgl. oben S. 494, Anm. 5.

[4] Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte II, 2, Urkundenbuch nr. 234, S. 226.

[5] Ssp. Ldr. II, 40. Auf das Erfordernis eines Gefährdeeides lässt die Glosse zu Ssp. II, 62, § 1 zurückschliessen. Schwabenspiegel, Lassberg, c. 204: wil er ez lan varn, daz tuot er wol und giltet nüt, so hat ez iener für sinen schaden.

[6] Keure der vier Aemter von 1241 bei Warnkönig, Flandrische Staats-

Eine altfranzösische Rechtsquelle, der in Poitou entstandene [837]
Livre des droiz et des commandemens d'office de Justice hat den Rechtssatz, dass der Eigentümer des Hundes oder Pferdes sich von der Haftung befreie, en le désadvouant, das heisst indem er sich davon lossagt. Et si après le désadveu il reprenoit, il y seroit tenu (au dommage)[1]. [Wenn ein unvernünftiges Tier (bestia bruta) einen Menschen tötet, dann hat nach den Usages von Bazades in der Gascogne vom Jahre 1489 der Eigentümer die Wahl, si ed l'aboa oder si no l'aboa (desaboa). Im ersteren Falle haftet er, als hätte er die That selbst begangen. Wenn er es aber desavouiert, so darf er es nicht bei sich behalten, noch wieder aufnehmen. Denn falls er es als das seine behandelt, haftet er für die That[2].

Nach den Usages von Oleron soll der Eigentümer den Schaden (malefaite) bessern, den Hunde, Katzen oder Hausgänse anrichten. Wenn er es aber vorzieht, so mag er sie forbenir (forbannire, friedlos machen). Dann braucht er den Schaden nicht zu büssen. Allein der Verletzte darf das Tier töten oder töten lassen[3].]

Laut den norwegischen Frostuþínsgslög soll der Herr Ross, Rind, Schwein oder Hund, die einem Menschen Schaden gethan, sich von der Hand sagen (segia afhendis). Thut er es nicht, dann hat er es so gepflegt wie den Totschläger eines Menschen, wenn er vorher darum angesprochen wurde[4]. Die Gulaþíngslög bestimmen: Wenn Horn oder Huf oder Hund eines Menschen Totschläger sind, so sage man sich das Tier von der Hand. Wenn man es aber füttert, nachdem das Urteil erging, so zahle man

---

und Rechtsgeschichte II, 2, Urk. Buch nr. 222, S. 193, c. 41: similiter si aliquis alienus simili casu laedatur, possessor equorum vel boum non debet subiacere alicui forefacto, nisi ab heri et nudius tertius animal fuerit manifestae noxae. Alioquin debet ex forefacto eius iuri stare, nisi illud de domo sua expellat et abneget. Das Tier muss seit zwei Nächten (seit gestern und vorgestern) die Eigenschaften eines schädlichen Tieres gezeigt haben. Ebenso in der Keure für Saffellaere von 1264, Warnkönig a. O. III, Nachtrag zum Urk. Buch nr. 166, c. 6, S. 39.

[1] Livre des droiz ed. Beautemps-Beaupré, ch. 871.

[2] [Usages de Bazades art. 173, Archives historiques de la Gironde XV 146 f.: quar si la repta (reputat) com sua, sera tingut de feyt.]

[3] [Travers Twiss, The black book of the Admiralty II 270.]

[4] Frostuþingslög V, 16, Norges Gamle Love I, 180. Siehe v. Amira, Vollstreckungsverfahren, S. 83 ff. [Derselbe, Nordgerm. Obligationenrecht II 423.] Brandt, Forelæsninger over den Norske Retshistorie II 46.

40 Mark[1], eine Brüche, die an Stelle älterer Friedlosigkeit getreten ist[2].

Das Preisgeben des Tieres, das abnegare, desavouer, von der Hand sagen, entspricht dem dimittere bei dem Unfreien. Es geschieht zu Gunsten des Verletzten, der des Tieres sich unterwinden oder das Tier bei dem Eigentümer holen kann. Der Beschädigte mag, wenn er will, das Tier töten[3]. Die Haftung des Herrn, der das Tier in der Gewere behält, entspricht der Fiktion, dass das Tier [eine Missethat begangen,] den Frieden gebrochen habe. Das Tier wird personifiziert und daraus die Konsequenz gezogen, dass der Eigentümer verantwortlich werde, wenn er es füttert oder tränkt, wie ja jeder strafbar wird, der einen Verbrecher, einen Friedlosen, nährt oder haust und hoft[4]. Dass die Terminologie der Friedlosigkeit auch auf Tiere angewendet wird [die eine Missethat begangen haben], findet sich in ost- und westgermanischen Quellen. Für óheilagr gilt auf Island der Bär und der Stier, der einen Menschen getötet hat. Eine jüngere nordische Sage[5] will sogar
[838] wissen, dass in Helgeland ein Bär wegen Beschädigung von Vieh friedlos gelegt und ein Kopfgeld auf seine Tötung gesetzt worden sei. Auch nach holländischen Quellen[6] gelten gewisse schädliche

[1] Gulaþingslög 165. Leugnet der Herr und wird er beweisfällig, so büsst er gleichfalls 40 Mark und zahlt Busse an die Verwandten. Nach Gulaþingslög 147 soll der Herr, der sich weigert, das Tier dem Verletzten in die Hand zu liefern, behandelt werden, als ob er ihn selbst verwundet hätte.

[2] K. Lehmann, Der Königsfriede der Nordgermanen, S. 198.

[3] Siehe oben S. 513, Anm. 3 und S. 515, Anm. 3.

[4] H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 167 Anm. [II 575. Nach v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II 424, verantwortet der Herr das Beschirmen des Missethäters, nicht das eines Friedlosen. Dass daraus eine Personifizierung des Tieres zu folgern sei, bestreitet v. Amira a. O. und Mitth. des Instit. f. österr. Geschichtsforschung XII 585. Allein schon der Begriff der Missethat des Tieres beruht auf einer Personifizierung. Vom strengen Sachbegriffe aus gelangt man weder bei dem Tiere noch bei dem Unfreien zu einer Missethat und ebensowenig zu dem Gedanken der Genugthuung oder Rache, die an dem „Missethäter" genommen wird. Eine Rechtsordnung, welche die Auslieferung des Tieres zum Zwecke der Rache vorschreibt, rechnet mit der Personifizierung des Tieres.]

[5] Eine freundliche Mitteilung Konrad Maurers. Finnbogasaga ed. Gering 1878, S. 23. Vgl. darüber Mogk in Pauls Grundriss der germanischen Philologie II, 1, S. 120.

[6] Fockema Andreae, Stadregt van Vollenhove I 316.

Tiere für friedlos. Man mag sie töten und auf dem Felde aufhängen oder über die Einfriedung werfen, binnen welcher sie Schaden gethan haben. [Wie es in dem norwegischen Gulaþíngslög 204 von dem Unfreien heisst, dass der Herr ihn friedlos machen soll (geri hann útlagan), so spricht das Recht der Insel Oleron von einem forbanir des Tieres[1].]

Nach jüngeren Rechten tritt an Stelle des Verletzten die Obrigkeit. Das Tier wird nicht mehr dem Verletzten ausgeliefert oder preisgegeben, sondern von der Obrigkeit eingezogen, gefront. So nach altfranzösischen[2] und nach niederländischen[3] Rechtsquellen. Sachez, sagt Bouteiller, que la beste selon le plus des coustumiers et coustumes locaux . . demeureroit en la main du Seigneur[4]. Nach Beaumanoir soll der Gerichtsherr das Tier nicht etwa en manière de justice ums Leben bringen, sondern, wenn es gefährlich ist, zum eigenen Nutzen töten, wenn es ein Pferd, Maultier oder Esel ist, zum eigenen Nutzen behalten. Auch in Deutschland erlangte der Grundsatz der Fronung weite Verbreitung. So sagen z. B. die Bordesholmer Amtsgebräuche (a. 46): Wird befunden, dass Viehe, etwa Pferde, einen Menschen töten, auf solchen

[1] [Ferne liegt es mir, für das Tier jene Acht oder Friedlosigkeit in Anspruch zu nehmen, die auf dem Gedanken einer Ausstossung aus dem Verbande der Rechtsgenossen beruht. Die Friedlosigkeit erscheint eben in mannigfaltigen Spielarten und Abwandlungen. Wenn ich von einer Fiktion des Friedensbruches spreche, so heisst dies nicht, wie v. Amira zu glauben scheint, dass das Tier einen solchen begangen habe, sondern dass seine Missethat in gewissen Beziehungen rechtlich so behandelt werde, als ob jenes der Fall sei. Die Fiktion wirkt nicht konstitutiv. Allerdings wird von einer Friedlosigkeit der Tiere mitunter in unjuristischer Anwendung gesprochen. Wie der Friedlose Wolf, vargr, heisst, mag andrerseits der Wolf friedlos genannt werden, weil ihn jeder erschlagen darf und soll. Allein eine Steigerung des Begriffes liegt vor, wo die Friedlosigkeit des Tieres Folge einer Missethat ist. Sie gestattet nicht nur Eingriffe in die Rechtssphäre des Eigentümers (v. Amira, Tierstrafen S. 585), sondern verbietet ihm, das Tier zu füttern, es zu hausen und zu hofen, was ja an sich einer Genugthuung oder Rache des Verletzten nicht im Wege stehen würde. Es greifen eben die Rechtssätze ein, wie bei der Begünstigung eines Friedlosen.]

[2] Coutume de Touraine-Anjou 114. Établissem. de S. Louis I, ch. 125. Livre des droiz et des commandemens 119. Siehe Viollet, Établissements de S. Louis I 232 ff. und IV 116. Vgl. Li Livres de Jostice et de Plet XVIII, 24, § 10, XIX, 48, § 9 ff.

[3] Noordewier, Regtsoudheden S. 80. 300.

[4] Somme rurale, I, titre 37, de brebis, moutons et autres bestes.

Fall ist das Viehe an die Herrn verfallen[1]. Und noch die Carolina ist veranlasst, in Art. 218 die Rechtssitte zu verbieten, dass in etlichen Orten ein Fuhrmann, der mit einem Wagen umwirft und unversehens einen Menschen tötet, der Obrigkeit mit Wagen, Pferden und Gütern verfallen sei. Die ausgedehnteste und konsequenteste Anwendung machen von der Fronung das anglonormannische und das schottische Recht[2]. Tiere und leblose Gegen-
[839] stände, die Anlass eines Todesfalles waren, fallen hier dem König anheim. Sie sind und heissen deodand, deo dandum, weil sie der König zu frommen Zwecken verwenden soll. [Konfiskation des Tieres findet nach manchen Quellen auch statt, wenn es sich nicht um Verletzungen von Menschen, sondern um Feldschäden handelt. So werden nach den Coustumes de France aus der Zeit Karls VII. Tiere, die in einem Weinberg Schaden gethan haben, vom Gerichtsherrn konfisziert, während ausserdem der Eigentümer der Tiere dem Besitzer des Weinbergs den Schaden zu ersetzen hat. Die Konfiskation setzt voraus, dass die Tiere Trauben verzehrt haben. Um festzustellen, silz en on nuls mengiez, tötet man mitunter die Tiere. Doch ist dies, wie unsere Quelle hinzufügt, nicht nötig, weil das Tier die Vermutung gegen sich habe[3]. Von einem Esel, der auf fremdem Grund und Boden Schaden thut, heisst es in der Carta de Logu auf Sardinien, dass ihm zum erstenmale das eine Ohr, zum zweitenmale das andre abgeschnitten werde, während er zum drittenmale der Konfiskation verfällt[4].]

Neben dem Rechte der Obrigkeit tritt der Gesichtspunkt der Sachhaftung des Eigentümers schliesslich zurück. Das Tier wird von Amts wegen eingezogen, weil es Schaden gethan, auch wenn der Eigentümer selbst oder ein Angehöriger desselben beschädigt worden ist[5]. Ist es doch in solchem Falle nicht

---

[1] Nach dem Eiderstedtischen Landrecht 4, 55 ist das Pferd den nächsten Erben des Getöteten zu verabfolgen.

[2] Holmes, Common Law 1881, S. 24 ff. Blackstone, Comm. I 300.

[3] [Nouvelle Revue de droit français et étranger 1891, S. 191.]

[4] [Pertile, Gli animali in giudizio, Estr. dagli Atti del R. Istituto veneto di scienze, tomo IV, serie VI, S. 14.]

[5] Aus der Beseitigung oder Ablehnung dieses Grundsatzes erklärt sich folgende merkwürdige Bestimmung der Keure des Landes Waes von 1241, c. 41 bei Warnkönig a. O. II, 2, UB. S. 183: cum equi vel boves vel equi

mehr und nicht weniger schuldig, als wenn es einen Dritten verletzt hätte.

[Aus der Rache, die der Verletzte an dem ausgelieferten oder preisgegebenen Tiere in der Form einer Privathinrichtung zu nehmen pflegte, haben sich spätestens im dreizehnten Jahrhundert öffentliche Strafen ausgebildet, indem seit der vollen Entwickelung des Offizialverfahrens amtliche Justifizierung der Tiere an die Stelle der Privatstrafe trat. Beispiele von Todesstrafen, die an Tieren vollzogen wurden, reichen bis in unser Jahrhundert herein [1]. Seltener waren Verstümmelungsstrafen, die an missethätigen Tieren von Amts wegen vollzogen wurden. Sie haben ihr Vorbild in den rechtlich normierten Verstümmelungen, die der Beschädigte in gewissen Fällen an dem auf der Missethat ergriffenen Tiere vorzunehmen befugt war.

Der Ausbildung öffentlicher Tierstrafen hat eine Rechtsauffassung vorgearbeitet, welche die Missethaten von Tieren nicht nur durch den schädlichen Erfolg, sondern auch durch Art und Zeit der Ausübung qualifizierte. In dem ältesten, spätestens der ersten Hälfte des dreizehnten Jahrhunderts angehörigen Coutumier der Bourgogne, die nachmals als das klassische Land der öffentlichen Tierstrafen erscheint, wird bei Schäden, die ein Hund in fremdem Gehöfte anrichtet, unterschieden, ob er durch Einbruch oder unter der Schwelle eingedrungen sei oder aber den Raum offen gefunden habe. Im ersteren Falle gilt der Hund als larron, seine That ist larrecin. Von dem Beschädigten heisst es, dass er deust havoir faire iustice del larron. Larrecin ist es auch, wenn ein Schwein nachts in einen Garten eindringt. Der

---

currum vel carrucam trahentes, effrenes vel praecipites occurrerint et aliquem laeserint, sive aliquis a quocumque molendino vel a domo cum elevatur, laesus fuerit; si possessor eorundem vel filius vel filia vel uxor sive pecora vel quodcumque ad ipsum pertinet, laesum fuerit, debet liber remanere ab omni forefacto erga dominum comitem cum infortunio suo ... Vgl. Keure der vier Aemter a. O. S. 193, c. 41.

[1] [Das Thema der öffentlichen Tierstrafen hat jüngst von K. v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse, Mitteilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, eine eingehende Darstellung erfahren. Er will die Tierstrafen auf den Einfluss des mosaischen Rechtes zurückführen. Ich muss mich hier darauf beschränken, auf die Bedenken zu verweisen, die ich D. RG. II 556 gegen diese Ansicht erhoben habe.]

Eigentümer muss dafür dem Gerichtsherrn die „grosse Busse“ zahlen, en doit amender . . . la grande loy au seignor pour le larrecin [1].]

6.

[840] Germanische Rechte kennen auch eine Haftung des Eigentümers für Unglücksfälle, welche durch leblose Gegenstände angerichtet werden.

Vereinzelte Quellenaussprüche machen z. B. den Eigentümer der Waffe verantwortlich für den damit verursachten Schaden. Die sogenannten Leges Henrici primi führen unter den Fällen stricto iure zu büssenden Ungefährs auch den Fall an: si alicuius arma perimant aliquem ibidem posita ab eo cuius erant [2]. Und als Aufhebung eines älteren Rechtssatzes dürfte es sich erklären, dass die Lex Burgundionum es für nötig hielt, die Haftung des Eigentümers auszuschliessen für den Unfall, den die abgelegte Waffe veranlasst [3]. Jüngere Reflexion scheint es zu sein, wenn in manchen Quellen die Bussfälligkeit des Eigentümers auf die Pflicht zurückgeführt wird, die Waffe zu bewahren und zu behüten, damit durch sie niemand zu Schaden komme.

Nach Knut II 75 wird der Eigentümer, der seine Waffe vorsichtig hinstellte oder aufbewahrte, frei mit seinem Gefährdeeid, wenn ein Dritter sie wegnahm und damit Schaden anrichtete. Die sogenannten Leges Henrici primi (87, 2) wiederholen diese Stelle, fügen aber hinzu: observet autem ille, cuius arma erant, ut ea non recipiat, antequam in omni calumpnia munda sint. [Nach Alfred 19 soll der Schwertfeger, der ein Schwert, der Schmied, der ein Werkzeug zur Bearbeitung oder Ausbesserung übernahm, es „gesund“ zurückliefern, wie er es erhielt, es sei denn, dass er die Ersatzpflicht bei der Uebernahme vertragsmässig ausgeschlossen habe [4].] Den Sinn dieser eigentümlichen Vorschriften gewinnen wir aus einer bedeutsamen Stelle des ribuarischen Volksrechts.

---

[1] [Ancien Coutumier de Bourgogne ed. Marnier 1858 (Revue hist. de droit 1857), ch. 23. 22.]

[2] Leges Henrici primi 90, § 11.

[3] Lex Burg. 18, 2: Lancea vero vel quodcumque genus armorum aut proiectum in terra aut fixum simpliciter fuerit et casu (se) ibidem homo aut animal inpulerit, illum, cuius arma fuerint, nihil iubemus exsolvere.

[4] [Vgl. Leges Henrici 87, 3.]

Lex Ribuaria 70, 1: si quis homo a ligno seu a quolibet manufactile fuerit interfectus, non solvatur, nisi forte quis auctorem interfectionis in usos propios adsumpserit; tunc absque frido culpabilis iudicetur.

Wird ein Mensch durch einen Balken oder durch irgend eine mit der Hand hergestellte Sache getötet, so wird er nicht gebüsst. Wenn aber jemand die betreffende Sache, den auctor interfectionis, in Gebrauch nimmt, so büsst er den Totschlag, ohne Friedensgeld zu bezahlen.

Der Entstehung dieses eigentümlichen Rechtssatzes scheint ein uralter religiöser Gedanke zu Grunde zu liegen. Aus Norwegen wird uns über einen sonderbaren Aberglauben berichtet. „Hie und da," erzählt Liebrecht, Zur Volkskunde 1879, S. 313, „finden [841]
sich gewisse Dinge, wie Messer, Aexte, Leuchter, grosse hässliche Birkenstubben u. s. w., mit welchen der Sage nach Menschen erstochen oder totgeschlagen sind. Sie liegen da ungebraucht und werden gleich wie Götzenbilder aufbewahrt. Nur Kranke bedienen sich ihrer, um sich damit bestreichen zu lassen." Dieser Aberglaube verbietet gleich der Lex Ribuaria, dass der auctor interfectionis in Gebrauch genommen werde. Er ist von der täglichen Benutzung ausgeschlossen und wird gewissermassen als ein heidnisches Deodand aufbewahrt.

Derselbe Gedanke begegnet uns in den Stadtrechten von Schleswig, Flensburg und Apenrade [1]. Wird bei einem Hausbau jemand durch einen Balken, Sparren oder durch ein Holzstück getötet, so büsst der Herr des Hauses neun Mark und ist von weiterer Haftung frei, nach dem älteren Schleswiger Stadtrecht, wenn er den tötenden Balken den Verwandten des Erschlagenen überlässt, nach dem jüngeren, wenn er ihn wegwirft. Wird aber der Balken eingebaut, so hat der Eigentümer für den Todesfall mit dem ganzen Hause zu büssen [2].

---

[1] Auf diese Stellen hat schon Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, insbesondere die Lehre von den Unglücksfällen nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechtes und den neueren Legislationen, 1838, S. 165 ff. hingewiesen und damit die richtige Erklärung von Lex Rib. 76, 1 gegeben. Hepp verweist auf die griechische Sitte, leblose Gegenstände, die einen Menschen getötet, in die See zu versenken.

[2] Aelteres Schleswiger Stadtrecht a. 83 bei Thorsen, Die dem Jütischen Low verwandten Stadtrechte S. 19: item si eleventur domus alicuius et aliquis

Bei den Angelsachsen ist nach Alfred 13 der Baum, durch welchen jemand bei gemeinschaftlichem Werke erschlagen wurde, den Magen des Erschlagenen auszuliefern. Nehmen sie ihn nicht binnen 30 Nächten, so nehme ihn der Eigentümer des Waldes.

Die Auslieferung, das Preisgeben des Balkens, des Baumes spielen hier eine ähnliche Rolle, wie die Auslieferung, das Preisgeben des Knechtes, des Haustieres. Die Verwendung des Holzes oder des Instrumentes begründet eine Haftung ebenso wie das Hausen und Hofen des Knechtes, das Füttern des Haustiers.

Wie nach manchen Rechten der missethätige Knecht, das schädliche Tier der Obrigkeit verfällt, so werden auch leblose
[842] Gegenstände gefront. Nach englischem und schottischem Rechte sind sie deodand [1]. [So nach den Rechtsbüchern des dreizehnten Jahrhunderts insbesondere auch Schiffe, deren Bewegung den Tod eines Menschen in Binnengewässern verursachte [2].] Es soll noch vorgekommen sein, dass eine Dampfmaschine als deodand eingezogen wurde. Auch flandrischen und nordfranzösischen Rechten scheint bei Ungefähr eine Verwirkung lebloser Gegenstände nicht fremd gewesen zu sein [3]. [Im Jahre 1252 liessen sich, offenbar mit Rücksicht auf die für Ungefährwerke geltende Haftung, die deutschen Kaufleute von der Gräfin Margarete von Flandern das Privilegium erteilen, dass wenn jemand von ungefähr durch das Takelwerk des Schiffes oder durch Stangen oder Hölzer getötet wird, oder wenn

---

a tigno vel a trabe vel a pinnaculo percutiatur ad mortem, lignum percutiens heredibus defuncti exponatur et dominus domus pro mortuo IX marcas emendabit. Si vero lignum, de quo percussus est mortuus, sub tecto locatur, etiam ipsam domum totaliter emendabit. Jüngeres Schleswiger Stadtrecht a. 94 a. O. S. 49: Boret men eyn hüsz unde wert we slagen van eneme balken edder sparen edder holte to döde, de here des hüszes werpe dat slande holt enwech unde betere vor den döden IX mark; men bruket he des slanden holtes, de here des hüszes betere myt deme gantzen husze. Im lateinischen Texte: lignum noxium abiicito, in Flensburg 46, a. O. S. 75: legge dat holt wech. Vgl. Apenrade a. 49, a. O. S. 192.

[1] Vgl. die trefflichen Ausführungen bei Holmes, Common Law S. 24 ff.

[2] [Bracton f. 122. Holmes a. O. S. 26.]

[3] Bouteiller bemerkt, Somme rurale I, titre 39, d'homicide par adventure, dass, wenn anlässlich eines Hausbaues ein Mann erschlagen ward, l'oeuvre ne le maistre de la maison n'en porteroit aucune penitence criminelle ne civile, vorausgesetzt, dass ein Warnungszeichen angebracht war. Vgl. Keure von Waes v. 1241, c. 41 i. f. Keure der vier Aemter v. 1242, c. 41, Keure von Saffelaere v. 1264, c. 6.

jemand von ungefähr ins Wasser fällt und ertrinkt, deshalb weder die Kaufleute noch die Schiffe aufgehalten oder belästigt werden sollen, quia in hoc nullo teneri debent (mercatores neque naves) forefacto.

Auf die Behandlung der durch leblose Gegenstände verursachten Ungefährwerke geht auch der bekannte Grundsatz der germanischen Seerechte zurück, dass das Schiff, welches ein anderes ansegelt, den Schaden ganz oder zur Hälfte zu ersetzen habe [1].]

[1] [Vgl. Lamprecht, Schaden durch Zusammenstoss von Schiffen in der Z. f. Handelsrecht XXI 15 ff.]

Vierte Abteilung.

Zur Geschichte des Privatrechtes.

Die fränkisch-romanische Urkunde als Wertpapier.

[Zeitschrift für Handelsrecht 1877, XXII 64 ff. 505 ff.[1]]

[64] 1. Das Gedinge auf Rückgabe der Cautio in Formeln und Schuldurkunden der fränkischen Zeit.

Die Formeln.

Die Urkunden der fränkischen Zeit, in welchen der Schuldner den Empfang eines Darlehens bezeugt und dessen Rückzahlung ver-

---

[1] [Die Abhandlung ist a. O. als zweiter Beitrag zur Geschichte und Dogmatik der Wertpapiere veröffentlicht worden. Die Einleitung über den Begriff des Präsentationspapiers habe ich mit Rücksicht auf ihren rein dogmatischen Inhalt hier nicht wieder aufgenommen, zumal ich mich in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II 155 nochmals darüber geäussert habe. Unter Wertpapier verstehe ich eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung (Uebertragung oder Geltendmachung) durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist. Endemann a. O. II 147. Unbegreiflich ist mir, wodurch Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts I 386. Anm. 16 sich veranlasst fühlt, gegen jene Begriffsbestimmung auszuführen, dass das Wort Wertpapier nicht von „Verwertung“ herstamme. Ich habe das nirgends behauptet, ich habe eine Definition und nicht eine sprachliche Erklärung des Wertpapieres gegeben. Was meine Ablehnung der „Verkörperungstheorie“ betrifft, so ist in Goldschmidts Polemik a. O. nur so viel richtig, dass ich die Bildersprache in juristischen Definitionen vermieden wissen will. An der Verwendung von bildlichen Ausdrücken als termini technici habe ich als Germanist am allerwenigsten Grund, irgend einen Anstoss zu nehmen. Ich trete daher nicht in Widerspruch zu mir selbst, wenn ich von hinkenden Inhaberpapieren spreche, will sie aber keineswegs damit definiert haben.]

spricht, nennen sich cautio, cautum, cautum praestationis. Solche [65] cautiones sind uns namentlich in den Formelsammlungen überliefert, deren Gesamtausbeute die Zahl von elf Formularien für Darlehensurkunden erreicht [1].

Ihrem Inhalte nach betreffen sie entweder ein reines Darlehensgeschäft oder es tritt zu diesem eine obligatio oder obnoxiatio hinzu. Der Schuldner verpfändet einen Weinberg oder ein Grundstück in der Form der älteren Satzung, so dass der Gläubiger die Früchte beziehen soll, oder er verpfändet in loco pignoris einen Teil seiner Freiheit, status sui medietatem, indem er verspricht, an bestimmten Tagen der Woche nach Anordnung des Gläubigers Arbeitsdienste zu leisten.

Die meisten dieser Kautionsformeln enthalten gegen Ende eine Klausel, in der für den Fall der Zahlung die Rückgabe der Cautio stipuliert wird. Der Gläubiger hat nach dem Wortlaut einzelner Formeln das Darlehen gegen die Cautio gegeben, der Schuldner das Darlehen gegen die Cautio [2] empfangen:

> accepi de vobis per hanc caucione ad pristetum beneficium .. uncias tantas. R. 371, Andeg. 38. [66]
>
> accepi per anc caucione ad prestetum beneficium de homine nomen illo .. soledus tantus. R. 375, Andeg. 22.
>
> solidus tantus in manu mea ad pristitum beneficium mihi praestitisti. Et ego *pro* hoc tale caucione in te fiere et adfirmare rogavi .. R. 372, Cart. Senon. 3.

Wie dem Empfang des Darlehens die Hingabe der Cautio entspricht, so soll der Zahlung des Darlehens die Rückgabe der Cautio entsprechen.

Constat me a vobis accepisse et ita accipe [3], debere et

---

[1] [Formulae Andegavenses (aus dem Anfang des siebenten Jahrhunderts) 22. 38. 60 (nach 678 hinzugefügt) = Rozière 375. 371. 369. Marculf (zweite Hälfte des siebenten Jahrhunderts) II, 25. 26. 27 = Rozière 368. 370. 373. Form. Turon. (Mitte des achten Jahrhunderts) 13 und App. 1 = Rozière 376. 377. Cartae Senon. (768—775) 3. 48 = Rozière 372. 374. Form. Wisigoth. (siebentes Jahrhundert) 38. Vgl. Form. Wisig. 44.]

[2] Für die Begebung des Schuldbriefs durch den Schuldner brauchen die Quellen nicht selten den Ausdruck cautionem emittere. [Marini nr. 119 vom Jahre 551: cautio centum viginti solidorum a nobis tibi emissa. In der gotischen Unterschrift ist cautione durch kawtsion wiedergegeben.] Marculf II, 35, Turon. 44. Cautio inmissa in Andeg. 18.

[3] Accepi.

debeo hoc est solidos tantos, pro quos solidos spondeo me quamdiu ipsos post me retenuero, annis singulis per singulos solidos singulos treantis vestris partibus esse redditurum. Et se hoc facere contempsero aut exinde neglegens apparuero ad duplum ipso locario [1] vobis reddere spondeo. Et quomodo de mea proprietate ipsos solidos vestros reddere potuero, hanc cautionem *a vos* recipiam. R. 370. Marculf II, 26.

Nicht in allen Cautiones findet sich die Klausel der Rückgabe. In zweien, nämlich bei Marculf II, 25 und in der westgotischen Cautio, fehlt sie. Die Formeln, welche sie enthalten, weisen eine Verschiedenheit der Textierung auf, die nicht zufällig sein kann. Entweder wird die Rückgabe aus der Hand des Gläubigers versprochen, wie in Marculf II, 26, oder es wird nur die Rückgabe überhaupt stipuliert.

Form. Turon. 13, Darlehen mit Verpfändung eines Grundstücks: ego supradictum debitum tuum tibi desolvam et rebus meis una cum cautione mea manibus tuis recipiam. R. 376.

[67] Cart. Senon. 3, Darlehen gegen Frondienste des Schuldners: Et quomodo ipse anni transacti fuerint, debito tuo tibi reddeo, cautionem meam per manibus [2] recipiam. R. 372.

Cart. Senon. 48, Darlehen gegen Verpfändung einer vinea: Et quomodo ipsus fructus tantos annos transhactus habueris et debito tuo tibi reddidero, cautione mea per manibus [3] recipiam. R. 374.

Form. Turon. App. 1, Darlehen gegen Verpfändung einer Liegenschaft: debitum vestrum vobis exsolvam et rebus meis una cum cautione mea de manibus vestris recipiam. R. 377.

Dagegen:

Andeg. 60, zinsloses Darlehen: et ipso die argento vestro reddere faciam et caucionem meam recipere faciam. R. 369.

Andeg. 38, Darlehen gegen Frondienste: que annus tantus conpliti fuerint, res vestras redere debias (corrig. debeam) et caucionem meam recipere faciam. R. 371.

Marculf II, 27, Darlehen gegen Frondienste: Et quomodo

---

[1] Locarium, beneficium, Darlehen.

[2] Tuis ist zu ergänzen, da sonst der Ausdruck per manibus sinnlos wäre.

[3] Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

solidos vestros reddere potuero, meam cautionem absque ulla evacuario intercedente recipiamus. R. 373 [1].

Die Kautionen sind, wie überhaupt die Urkunden jener Zeit, mit peinlicher Vorsicht abgefasst. Der Formalismus, welcher das Gerichtsverfahren beherrschte, erstreckte sich naturgemäss auch auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr. Hier wie dort waltete strenge Buchstabeninterpretation. Ausdrücke wie a vos, manibus [68] tuis, manibus recipiam scheinen mir daher ein Recht des Schuldners auf Aushändigung der Cautio durch die Person des Gläubigers festzustellen. Nur der Gläubiger darf in solchen Fällen Zahlung heischen, den Schuldbrief präsentieren. Die Cautio ist Rectapapier [2]. In den Formeln dagegen, welche schlechtweg auf recipiam oder recipere faciam lauten, finden sich Bestimmungen andrer Art, mit welchen die Verabredung persönlicher Rückgabe sich nicht vertrug. Der Gläubiger lässt sich nämlich vom Schuldner versprechen, dass er im Verzugsfall das duplum zahlen werde, und zwar entweder an ihn, den Gläubiger, oder an denjenigen, cui dederit hanc cautionem ad exigendum [3]. Unter dem cautionem exigere ist aber zunächst die Präsentation zur Zahlung zu verstehen. Neben dieser Klausel hatten die Worte manibus tuis recipiam keinen Raum.

---

[1] In diese Gruppe gehört auch Andeg. 22, R. 375, Darlehen gegen Verpfändung eines Weinbergs: rem vestra redere debiam et caucionem meam recipere facias, aut tibi aut cui caucione ista dederis ad exagendum. Denn vor den Worten aut tibi ist ein Satz ausgefallen, welcher eine Pönalstipulation enthielt. Siehe unten „Die Exaktionsklausel in den Formeln".

[2] Die Uebertragbarkeit der Forderung war nach älterem Rechte ausgeschlossen, wenn die Cautio nicht eine Order- oder eine Inhaberklausel enthielt. Näheres unten „Zur Entstehungsgeschichte des Inhaberpapiers".

[3] So in Andeg. 60, R. 369, in Andeg. 38, R. 371, Andeg. 22, R. 375. Ferner in der Formel Marc. II, 25, R. 368 und in der westgotischen cautio, welche beide die Klausel der Rückgabe überhaupt nicht enthalten. Eine Ausnahme macht Carta Senon. 48, Roz. 373. Die Klausel „cui . . . ad exigendum" fehlt, aber ebenso das „a vos" oder „manibus tuis". Der Schuldner verspricht Frondienste, quale mihi vos aut agentis vestri iniuncxeritis. Bei Unfleiss soll er körperlich gezüchtigt werden dürfen. Mit Rücksicht auf diese Stellung des Schuldners brauchte wohl die Aushändigung der cautio durch die Person des Gläubigers nicht besonders hervorgehoben zu werden.

Urkunden.

Abgesehen von den Formeln sind uns aus fränkischer Zeit nur wenige Schuldurkunden erhalten [1]. Wer nach solchen forscht,
[69] wird so manches Urkundenbuch von Anfang bis zu Ende vergeblich durchsuchen. Zu all den verschiedenen Ursachen, welche den Verlust von Urkunden herbeiführten, kam bei der Cautio hinzu, dass Vernichtung ihre rechtliche Bestimmung war. Nur in einem Falle lag ein dauerndes Interesse vor, sie aufzubewahren. Nämlich dann, wenn die Cautio zugleich die Verpfändung einer Liegenschaft enthielt und das Pfand wegen Nichterfüllung des Schuldvertrages verfiel. Dann diente die Cautio dem nunmehrigen Eigentümer als
[70] Erwerbsurkunde. Namentlich in Italien haben sich einzelne solcher

---

[1] Ueber die Seltenheit älterer Schuldbriefe vgl. Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I 47. Als signifikante Beispiele von italienischen Schuldurkunden führe ich an: Troya nr. 619 von 748. — Codex diplomaticus Langobardiae (Monumenta Patriae XIII) I, col. 128, nr. 69 von 796. — Codex dipl. Langob. I, col. 160, nr. 85 von 809. — Memorie di Lucca V, 2, p. 235, nr. 389 von 813. — L. c. p. 254, nr. 424 von 819. — L. c. p. 257, nr. 428 von 819. — Codex diplomaticus Cavensis I 69, nr. 56 von 859. — L. c. I 92, nr. 70 von 871. — L. c. I 117, nr. 91 von 882. — L. c. I 121, nr. 95 von 882. — L. c. II 135, nr. 316 von 979. — [L. c. IV 182, nr. 642 von 1011.] — Ficker, Forschungen IV 76, nr. 53 von 1035. — L. c. p. 101, nr. 75 von 1077. — Romanin, Storia di Venezia (1853) I 403 von 1080. — Boselli, Delle storie Piacentine libri XII (1793), I 304 von 1103. — Ficker, Forschungen IV 139, nr. 95 von 1113. — [Galleti, Primicero nr. 53 von 1136.] — Boselli l. c. I 318 von 1166. — Monumenta Patriae, Chartarum tom. II, col. 1055 von 1177. — Memorie di Lucca IV, 2, p. 198, nr. 140 von 1194. — Mon. Patr. Chart. II, col. 1175 von 1196. Die zahlreichen Notizen über Darlehen und Verpfändungen, welche die Monum. Patriae Chart. II aus den Jahren 1155—1165 enthalten, sind nicht eigentliche Schuldurkunden, sondern „Imbreviaturae", Akten aus dem Notularium des Johannes Scriba, welcher im zwölften Jahrhundert Notar zu Genua war. Diese Akten hatten den Zweck, dem Notar zur Grundlage für die Ausfertigung der den Parteien auszuhändigenden Urkunden zu dienen. Dass es sich nur um solche Akten handelt, ergeben die vielfachen Abkürzungen typischer Formeln. Ueber Notariatsakten vgl. Ficker, Zur Urkundenlehre (1877) I 342 ff. Von den Genueser Urkunden, die Johannes Scriba auf Grund jener Akten aufzeichnete, ist uns keine überliefert. Zusammengehalten mit der erstaunlichen Fülle von Imbreviaturen lässt diese Thatsache ungefähr ermessen, wie verhältnismässig gering die Anzahl der auf uns gekommenen Schuldurkunden ist.

cautiones erhalten. Hier war die obligatio (pignoris) bei Kautionen so häufig, dass die Cavenser Glosse sagen konnte: cautio id est scriptum obligationis [1]. Hier war es zudem Sitte, dass der Käufer sich vom Verkäufer sämtliche Erwerbsurkunden und die seiner Vorgänger, manchmal bis zu hundert, übergeben liess [2], welche dann nicht selten insgesamt mit dem Grundstücke, dessen Eigentum sie beglaubigten, an eine Kirche fielen und in ihrem bergenden Archive die Jahrhunderte bis zur Gegenwart überdauerten.

Von Schuldurkunden, die unter den hier vorliegenden Gesichtspunkt fallen, stehen mir folgende zu Gebot:

Vom Jahre 809, Darlehen von 10 solidi gegen obligatio terre: Et si de nostro pretio sanaverimus [3], recipiamus res nostra et cautio nostra *ad vus* (a vobis), quia sic inter novis convenet. Codex dipl. Langobardiae (Monum. Patriae XIII) col. 160, nr. 85,

813. Darlehen von 12 Silbersolidi gegen nutzbare Satzung (affeduciatum) eines Grundstücks: nam si in ipsis sex anni expliti aut antea possa cum consecutas et sementem [4] de ipsa terra vobis parati fuerimus suprascriptos solidos vobis ad redendum et perexolvendum, vos eas recipere debeatis et *ec cartula* una cum suprascripta terra *ad nos revertatur*. Memorie di Lucca V, 2, p. 235, nr. 389.

819. Darlehen von 45 Solidi gegen nutzbare Satzung: nam si v(obis) paratos abuerimus suprascriptos solidos . . ad reddendum et persolvendum post fructum de ipsa res [71]
recollecto, vos eos recipere debeatis et *hec pagina* cum suprascripta res *ad nos revertatur,* quia inter nos taliter convenit. Memorie di Lucca V, 2, p. 254, nr. 424.

819. Darlehen von 15 Solidi gegen nutzbare Satzung: nam qua die parati fuerimus et vos persolverimus, hec pagina cum suprascripta vinea et terra ad nos revertatur,

---

[1] Mon. Germ. LL. IV 653. Vgl. Liutprand 67.

[2] Vgl. die Vorrede zum Cod. dipl. Cavensis (herausgegeben von Morcaldi, Schiani und De Stephano, O. S. B.) I, XLI.

[3] Wenn wir die cautio aus eigenem bezahlen. Ueber cautionem sanare Liutprand 67.

[4] Lies: post fructus consecutos et sementem, nach der Ernte; denn die Früchte des letzten Jahres sollen noch an den Gläubiger fallen.

quia inter nos taliter convenit. Memorie die Lucca V, 2, p. 257, nr. 428.

[1136. Darlehen von 4 Pfund gegen nutzbare Satzung: et si solvero tibi praedictam pecuniam . ., tunc vacua sit cartula et in mea revertatur potestate. Galletti, Primicero nr. 53, p. 299.]

Das langobardische Recht kennt eine Art der Verpfändung von Liegenschaften, welche durch eine bedingte, mittelst Urkundenübergabe vollzogene Auflassung [1] erfolgt. Entweder wird die Schuld- und Satzungsurkunde zugleich als bedingte Verkaufsurkunde abgefasst, welche im Falle des Vertragsbruches wirksam werden soll, oder es wird eine besondere carta venditionis über das versetzte Grundstück ausgestellt mit der Verabredung, dass die Urkunden gegen Zahlung der Schuld restituiert werden sollen.

1035. Si dederimus tibi . . aut ad tuos heredes aut a vestro misso . . libras 125 ad casa abitationis tue . ., tunc statumbulo [2] cum nobis daretis, retrodare debueritis scrapsata cartula illa vendicionis, quas ego . . in te emisi de corte una. Mailänder Urkunde bei Ficker, Forschungen IV 76, nr. 53.

Um die Zurückstellung der Verkaufsurkunde auszubedingen, wurde mit dem Satzungsgeschäfte ein rechtsförmliches Verfahren verbunden, anlässlich dessen der Pfandgläubiger dem Schuldner [72] über das Versprechen, die carta venditionis zu restituieren, einen Revers, einen Gegenbrief, contracarta, ausstellte. Eine Schilderung des Verfahrens, das der Ausstellung der contracarta zu Grunde liegt, gibt die neunte Formel des Cartularium Langobardicum [3] unter der Ueberschrift: traditio promissionis pro debito.

Martine modo promitte et sponde te et tuos heredes Petro et suis heredibus, quod si Petrus aut sui heredes tibi aut tuis heredibus dederint aut sanationem fecerint de

[1] Näheres darüber unten: Bedingte Investitur als Sicherstellung.

[2] Was ist statumbulo? Vielleicht ist das Wort verschrieben. Es kann wohl nur gemeint sein, dass mit der Rückgabe der carta obligationis die Rückgabe der carta venditionis verbunden werden soll. Es ist daher vermutlich statim (h)oc breve oder ähnlich zu lesen. Man wäre versucht, an statim bula zu denken, wäre bulla in dieser Anwendung für diese Zeit zu belegen. Bullata, billet ist bedeutend jünger.

[3] LL. IV 597; vgl. Mon. Pat. Ch. I 408, nr. 420, a. 1014.

100 solidis ab hac die usque ad kalendas tales in civitate Papia in domo habitationis tuae, reddatis ei cartam illam venditionis, quam in vobis emisit de petia una de terra, quae iacet in tali loco quae habet coherentias tales, capsatam et taliatam, ut in se nullum obtineat robur.

Es folgt dann das Versprechen der restitutio dupli für den Fall, dass die Rückgabe der Verkaufsurkunde vertragswidrig verweigert würde.

Die Verpfändung des Grundstücks kann auch in der Weise vor sich gehen, dass der Schuldner dem Gläubiger neben der carta obligationis die eigenen Erwerbsurkunden übergibt, auf die er selbst sein Recht an dem Satzungsobjekte stützt, mit der Verabredung, dass Grundstück und Erwerbsurkunden bei Verzug verfallen sollen, wogegen bei Zahlung der Schuld die carta obligationis und jene Erwerbsurkunden in die Hand des Schuldners zurückgelangen sollen.

1113. Darlehen gegen Satzung eines Grundstücks: quod si in completo ipso constituto ipse Ursus . . ipsos solidos partibus ipsius monasterii . . reddiderint, tunc partes ipsius monasterii remittant ipsi Urso et illius heredibus hoc scriptum *incisum* et iam dictas cartulas iusta ratione *salvas* ad faciendum de eis et de eo, quod obligavit, semper quod voluerint. Salernitaner Urkunde bei Ficker, [73]
Forschungen IV 139, nr. 95 [1].

Schliesslich sei noch eine Cautio erwähnt, welche die Zahlung einer Schuld von 600 Pfund nicht durch Satzung, sondern durch das Versprechen des Einlagers sicherstellt und gleichfalls die Restitutionsklausel enthält.

1166. Solutis ipsis denariis omnibus et pena et expensis

---

[1] Die carta obligationis soll als carta incisa zurückgegeben werden, wenn sie durch die Zahlung der Schuld gegenstandslos geworden. Die Erwerbsurkunden sollen unversehrt salvae zurückgegeben werden, ein Beleg dafür, dass es sich um Urkunden handelt, die nicht der Schuldner dem Gläubiger, sondern ein Dritter dem Schuldner ausgestellt hat. Anders liegt der Fall in der Urkunde oben von 1035 und in der Formel des Cart. Langob. Die carta venditionis soll capsata, taliata restituiert werden. Sie ist vom Schuldner selbst dem Gläubiger ausgestellt worden. Vgl. die Verpfändung der Kaufbriefe im bayrischen und altösterreichischen Rechte bei Roth, Bayrisches Civilrecht II 377, Bischoff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII 37 ff., meine Anzeige von Sohms Trauung und Verlobung in der Jenaer Litteraturzeitung 1876, Art. 439, Gareis, Zeitschrift für Handelsrecht XXI 366.

et damno restituto hoc breve sit vacuum et reddatur eis hoc breve taliatum. Boselli, Storie Piacentine I 318.

Wie das Versprechen der Rückgabe von Urkunden den Gegenstand förmlichen Vertrags mit wadia, Bürgenstellung und Strafsanktion bilden konnte und besonders verbrieft wurde [1], so pflegte man mitunter auch die vollzogene Restitution der carta besonders zu beurkunden.

1119. Breve ad futuram memoriam qualiter infra hanc urbem Lucam intus domum Henrici ... Diaconus de Tasignano vice Benedicti Lucensis episcopi dedit Rainerio filio predicti Henrici et Iolicte iugalibus .. soledos 2300 ..
[74] et perexolvit eis omne illum debitum, quod suprascriptus episcopus debebat eis de illo pignore, quod quondam Rodulfus Lucanus episcopus fecerat eis per castellum de Monte Topari .. et dederunt (ipsi iugales) suprascripto Diacono vice suprascripti Benedicti episcopi duas cartulas unam de suprascripto pignore, aliam de suprascripto castello de Monte Topari [2] presentia etc. Memorie di Lucca IV, 2, p. 168, nr. 118 [3].

Die Kautionsschuld als Mahn- und Holschuld.

Von den Schuld- und Pfandurkunden enthalten manche die auffallende Bestimmung, dass der Schuldner in der Wohnung des Gläubigers zu zahlen habe. In der langobardischen Formel für die traditio promissionis pro debito wird die Zahlung in domo habitationis des Gläubigers ausdrücklich zur Bedingung gesetzt. Auch der Pfandbrief von 1035 oben Seite 530 hat die Worte ad casa abitationis tue. Nach der obigen Luccheser Urkunde von 1119

---

[1] Urkundliche Beispiele von Verträgen über Wiedergabe von Urkunden aus den Jahren 961 und 968 im Codex Cavensis II 3, nr. 212, II 52 nr. 254 und unten sub 2.

[2] Vermutlich eine carta obligationis (de pignore) und eine carta venditionis de castello.

[3] Ein Memoratorium über Rückgabe von Urkunden in Cod. Cav. II 127, nr. 310, a. 979. [Aus jüngerer Zeit: Urkunde vom Jahre 1305 bei Trouillat, Monuments de Bâle III 87: et litteras, quas super debito 50 marcarum habui ... cum mihi sint soluta, praedicto Rudolfo in signum satisfactionis resignavi.]

erfolgte die im Namen des Bischofs von Lucca vollzogene Zahlung in der Wohnung des Gläubigers, intus domum Henrici. Es ist wohl kein Zufall, dass gerade Pfandurkunden diese Bestimmung enthalten. Da der Schuldner ein Interesse hatte, das Pfandstück und die Urkunde auszulösen, und mit Ablauf der Frist die lex commissoria in Wirkung trat, so lag es nahe, derartige Schulden als Bringschulden zu konstituieren. Die Cautio hatte in solchen Fällen nicht den Charakter des reinen Präsentationspapiers, mochten auch Zahlung und Restitution der Cautio Zug um Zug erfolgen.

Der vertragsmässige Vorbehalt, dass im Hause des Gläubigers zu leisten sei, macht es von vornherein wahrscheinlich, dass ohne entgegengesetzte Vereinbarung die Geldschuld der fränkischen Zeit [75]
im allgemeinen als Holschuld zu gelten hat [1]. Aber auch andre, direkte Gründe sprechen dafür. Die gesetzlich fixierten Verzugsbussen, welche im Falle der Mora eintreten, setzen stets eine vergebliche Mahnung des Schuldners durch den Gläubiger voraus, welche in des Schuldners Wohnung geschehen muss [2]. Daraus folgt zwar nicht unbedingt aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit, dass der Gläubiger die Zahlung holen musste. „Denn die allgemeine Regel geht dahin: ein Schuldner, welcher ungemahnt zahlen muss, muss auch bringen; wo Anmahnung nötig, da muss der Gläubiger holen“ [3]. Mit Sicherheit ergibt sich der Charakter der Geldschuld als Holschuld aus der sechsten Extravagante zur Lex Salica, einer Stelle, welche den Bürgen zur Zahlung verpflichtet, wenn der Schuldner in seiner Behausung nicht zahlt, si (debitor) domo non dat.

Die Kautionsschuld wird als Mahn- und Holschuld durch den quellenmässigen Ausdruck cautiones exigere beglaubigt.

---

[1] [Für das westgotische Recht geht dies deutlich aus Lex Wisig. Reccessvinth. V, 6, 3 hervor, wo es heisst: eidem domino (dem Pfandschuldner), si in propinquo est, reportetur (pignus) adque, ut restituat debitum, moneatur. Quod si per neglegentiam suam debitor ad diem constitutum adesse neclexerit aut debitum inplere distulerit, addantur usure.]

[2] Lex. Sal. 50. Weitere Belege bei Löning, Vertragsbruch, S. 32. 55.

[3] Heise, Handelsrecht S. 213. Nach den sächsischen Rechtsbüchern gelten Geldschulden als Bringschulden. Der Gläubiger muss zu Hause des Geldes warten. Ssp. Ldr. III, 40, § 1, II, 5, § 2: Glogauer Rechtsbuch bei Wasserschleben, Sammlung, cap. 498. Zinse waren dagegen Holschulden, vgl. R. Löning, Vertragsbruch S. 165.

Liutprand 16: si quis mutuaverit solidos cuicumque homini per cautione, si inter quinque annos creditor *pulsaverit* et devitor non habuerit unde solvere, renovetur cautio ipsa usque ad annos decem .. De cautionibus autem, quae usque modo in presente indictione tertia facta sunt, intra quinque annos istos advenientes iovemus, ut renobintur aut *exegantur*. Nam si distolerent intra quinque annos devitores suos pulsare, ut aut cautiones renovintur aut devita reddant et si neglegentia fecerint, non habeant
[76] postmodum fagundia ipsa devita requirendum [1].

Für das fränkische Rechtsgebiet liefern den Beweis die Kautionsformeln, welche die Klausel: aut cui dederis ad exigendum enthalten.

Deutlich wird die Geltendmachung der fränkischen cautio veranschaulicht durch die Geschichte der Ermordung des Juden Armentarius, welche Gregor von Tours erzählt [2]:

Praesenti quoque anno Armentarius iudaeus cum uno sectae suae satellite et duobus christianis ad exigendas cautiones, quas ei propter tributa publica Iniuriosus exvicario, excomite vero Eunomius deposuerant [3], Turonis advenit. Interpellatisque viris promissionem accepit de reddendo pecuniae foenore cum usuris, dicentibus sibi praeterea ipsis: si ad domum nostrum veneris quae debentur exsolvimus. Der Jude wird nach einiger Zeit

---

[1] Dieses Gesetz Liutprands von 720, welches die Erneuerung der Cautio von fünf zu fünf Jahren vorschreibt [vgl. Cod. Theod. II, 27, l. un.], ist nicht sehr lange in Geltung geblieben. Die Glosse zum Liber Papiensis sagt davon: per usum vacua.

[2] Hist. Franc. lib. VII, c. 23. Auf diese Stelle hat R. Löning in anderm Zusammenhange aufmerksam gemacht.

[3] Waitz, VG. II[2] 573 ff. insbes. 574, Anm. 1: „Es galt noch der römische Grundsatz, dass die Steuerbeamten für die bestimmte Summe ihres Distriktes aufkommen mussten. Um schnell zu Geld zu kommen, gaben sie auch wieder andern Anweisungen auf die zu zahlenden Abgaben.“ Als solche Anweisungen dürfen die cautiones der vorliegenden Stelle nicht aufgefasst werden. Die cautio ist keine Anweisung, sondern Darlehens- oder Satzungsurkunde. Die Steuerbeamten mögen, um den Steuerbetrag abführen zu können, Geld aufgenommen haben, und gaben dafür cautiones, sei es nun in eigenem Namen oder etwa solche, die sie sich von den Steuerpflichtigen für Rückstände hatten geben lassen. [Zustimmend Waitz, VG. II[3], 2, S. 268.]

ermordet in einem Brunnen gefunden. Verumtamen neque pecunia neque cautiones iudaei defuncti repertae sunt.

Für die Zeit der Auflösung der fränkischen Monarchie lässt die typische Rolle, welche der missus und nuncius in den Schuldurkunden spielen, darauf schliessen, dass die Geldschulden Hol- [77] schulden waren. Denn die Urkunden, nach welchen die Zahlung dem Gläubiger oder seinem missus oder nuncius, oder schlechtweg dem letzteren zu leisten ist, setzen, wie das schon der Wortsinn von missus und nuncius ergibt, im allgemeinen eine Holschuld voraus[1].

Die Entkräftung der Cautio.

Die Cautio wurde aus Anlass der Zahlung nicht nur zurückgegeben, sondern gewöhnlich auch entkräftet. Sie wurde zerschnitten oder durchgerissen. Sie wurde als scriptum incisum, taliatum, cassatum, capsatum, scrapsatum zurückgegeben[2]. Die incisio, disruptio oder perforatio der Urkunde ist die rechtliche Form ihrer Vernichtung. In der Gerichtspraxis von Salerno wird mehrfach, wenn beide Parteien widerstreitende (echte) Urkunden produzieren, auf den Eid einer Partei erkannt mit dem Zusatz, dass nach Ableistung des Eides die Urkunde des Gegners zu zerreissen sei.

902: ubi ipso ei iuravero, ipsam rebus securo nomine habeamus et ipsum brebem sigillatum ipse Iohannes disrumpat. Codex Cavensis I 143, nr. 114.

993: ubi taliter iuraverint ipsi thio (patruus) et nepotes . . rebus ipsa securiter sibi abeant adque possideant . . et plicaret (plegium det) ipse Falco (der Gegner) ipsa scriptio et eas capsere et capsata aput ipsi thio et nepotes [78] eas remittere. Codex Cav. III, nr. 461[3].

---

[1] Näheres darüber bei Besprechung der Verträge über Leistungen an Dritte. Gelegentlich findet sich, dass der Schuldner verspricht, den nuncius des Gläubigers, der die Geldsumme holt, bis an den Wohnort des Gläubigers oder bis an einen bestimmten Ort zu geleiten, z. B.: Solucionem ... facient nuncio uel nunciis ipsorum creditorum, que(m) uel quos cum ipsa solucione secure conducent sine fraude usque in villam Sancti Egidii. Genueser Notariatsimbreviatur von 1163 in Mon. Patr. Chart. II, nr. 1361. col. 909.

[2] Cart. Lang. nr. 9 und die Urkunden von 1035. 1113. 1166 oben S. 530 ff. Codex Cavensis I 121, nr. 95 von 882.

[3] Vgl. Cod. Cavensis I 146, nr. 116; I 151, nr. 120; I 225, nr. 174.

Urkunden, die man vor Gericht produziert hatte, wurden, wenn sie sich als falsch erwiesen, zerschnitten:

> 1070: cartulam .. reproba et falsidica inventa fuit et ibi incisa. Ficker, Forschungen IV 70, nr. 47 [1].

Nach fränkischem Rechte ist das Durchstossen der Urkunde, die perforatio testamenti Formalakt der feierlichen Urkundenschelte. Die Urkunde wird von der scheltenden Partei für kraftlos erklärt, indem sie zugleich die Handlung vornimmt, welche ihre Tötung herbeiführt. Dringt sie im Scheltungsprozesse nicht durch, so zahlt sie Busse wegen rechtswidriger perforatio [2].

Als man in Italien anfing, auf die Schuldurkunden die römischen Rechtsgrundsätze anzuwenden, wurde es üblich — in Reaktion gegen diese [3] — eine Klausel in die Schuldurkunde aufzunehmen, gemäss welcher der Schuldner den Zahlungsbeweis nur durch die restituierte und entkräftete Schuldurkunde [4] oder durch ein andres
[79] öffentliches Instrument solle führen können, während jeder andre Beweis der Zahlung, namentlich der Zeugenbeweis, vertragsmässig abgeschnitten wurde.

> 1196: ita quod non liceat ei producere testes de pagamento facto in toto vel in parte absque isto breve [5] inciso reddito vel aliud (breve) de fine facto. Monum. Patriae Chart. II, nr. 1678, col. 1175.

Einzelne städtische Statuten haben derartige Verträge ausdrücklich als giltig anerkannt.

---

[1] Vgl. Ficker l. c. IV 63, nr. 42 von 1013; IV 12, nr. 8 von 814 und die Angaben bei Berlan, Le due Edizioni delle Consuetudini di Milano (1866) S. 101.

[2] H. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis oben S. 128, Entstehung der Schwurgerichte S. 64 ff., Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde S. 143 ff. Ich halte meine in diesen Schriften gegebene Darstellung der Urkundenschelte gegen den Widerspruch Lönings, Ursprung der Strafklauseln S. 46 ff. vollständig aufrecht, indem ich mir vorbehalte, mich mit dessen Ansicht an anderm Orte auseinanderzusetzen. [H. Brunner, Carta und Notitia in den Commentationes in honorem Mommseni 1877, S. 583 ff. Derselbe, D. RG. II 421.]

[3] Vgl. Windscheid, Pandekten § 344.

[4] Nach römischem Rechte folgt aus der Rückgabe und aus der Durchstreichung oder sonstigen Zerstörung der Schuldurkunde nicht einmal eine Rechtsvermutung auf Erfüllung der Obligatio. Windscheid a. O., Anm. 5.

[5] So ist statt bene zu lesen.

Si inter creditorem et debitorem in publico intrumento pactum seu conventio intervenerit, quod non possit probare solutionem debiti in instrumento comprehensi per testes vel aliam probationem nisi per instrumentum debiti cancellatum vel per aliud publicum instrumentum, tale pactum et conventio firmum et firma validumque consistat. Statuti Pisani, constitutum legis, Bonaini II 800 [1].

Die Mailänder Statuten von 1216 lassen den Vertrag, dass nur per breve incisum vel aliud breve finis vel solutionis ein Zahlungsbeweis geführt werden könne, nicht schlechtweg gelten [2], geben ihm aber wenigstens die Wirkung, dass der Schuldner die Zahlung in andrer Weise nur mittelst eines erschwerten Zeugenbeweises, nämlich mit fünf Zeugen [3] beweisen könne.

[Andre, insbesondere französische, Rechtsquellen halten den Grundsatz des nationalen Rechtes aufrecht, indem sie den Inhalt jener Vertragsklausel als dispositiven Rechtssatz hinstellen. So die Coutumes von Toulouse aus dem Jahre 1286:

Est usus et consuetudo Tholose, quod creditor soluto sibi debito a debitore, dat instrumentum fractum debiti debitori et non tenetur eidem facere instrumentum absolutionis, et si creditor non poterit reddere instrumentum debiti, tenetur inde ei facere absolutionem cum publico instrumento [4].]

Die Epistola evacuatoria.

Die Ausstellung besonderer Quittungsurkunden war in der [80] fränkischen Zeit nicht üblich. Die Formeln enthalten kein Quit-

---

[1] Ebenso in den Statuten von Siena von 1292, F. L. Polidori, Statuti Senesi I 205 (1865). [Siehe noch das Formular eines instrumentum solenne mutui in der Aurora des Rolandinus bei Briegleb, Exekutivprozess II [2] 61.]

[2] Liber consuetud. Mediolan. c. 15 ed. Berlan in Le due edizioni delle Consuetudini di Milano S. 245.

[3] Indem die Vorschrift in l. 18, Codex Iust. de testibus, IV, 20 auf diesen Fall beschränkt wird. Vgl. Windscheid, Pandekten § 344, Anm. 2. Selbstverständlich spricht diese Beschränkung nicht für, sondern gegen die Rezeption der citierten Vorschrift Justinians.

[4] [Coutumes de Toulouse, ed. A. Tardif 1884, art. 80, S. 38. Siehe noch Al. Franken, Das französische Pfandrecht des Mittelalters 1879, S. 250. H. Brunner, Das franz. Inhaberpapier S. 90 f. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts I 387.]

tungsformular. Auch ist ein technischer Ausdruck für Quittung nicht vorhanden. Das Wort quietantia, quittantia ist jüngeren Ursprungs [1]. Ein besonderes Empfangsbekenntnis musste neben der Rückgabe und Entkräftung des Schuldbriefs als vollständig überflüssig erscheinen, so lange diese die Aufhebung des Schuldverhältnisses bewirkten [2].

War der Gläubiger nicht im stande, die Cautio zu restituieren, weil er sie verloren hatte und nicht finden konnte, so wurde die Rückgabe der Cautio — abgesehen von einem später zu erörternden Ausnahmefalle — durch die Ausstellung einer epistola evacuatoria ersetzt. Diese ist nicht bloss Quittung, sondern Quittung und Mortifikationsschein, Quit- und Totbrief [3] zugleich. Konnte die Schuldurkunde nicht wiedergegeben werden, so hätte die Bestätigung des Empfangs der Schuldsumme nicht genügt, sondern es musste ausserdem die abhanden gekommene Cautio ausdrücklich verrufen werden. Die Kosten dieser Privatamortisation zu tragen, war
[81] selbstverständlich Sache des Gläubigers, der die Cautio nicht zurückgeben konnte.

Die Evacuatoria bezeugt die Rückzahlung des Darlehens, konstatiert die Unmöglichkeit der Wiedergabe der Cautio und erklärt, dass diese, falls sie späterhin jemals vorgewiesen würde, nichtig und kraftlos, vacua, sein solle.

Omnibus non habetur incognitum, qualiter ante hos annos solidos nostros numero tantos ad beneficium accepisti et cautionem nobis pro hoc emisisti, ut ipsos solidos tantos

---

[1] Es stammt von der typischen Quittungsformel: voco me quietum et solutum.

[2] Das römische Rechtsleben kannte Quittungen im heutigen Sinne, das heisst Urkunden, deren Inhalt sich auf die Empfangsbestätigung beschränkte. Mommsen, Die Pompejanischen Quittungstafeln im Hermes XII 88 ff. Ebenso das germanisch-romanische Rechtsleben nach Auflösung der fränkischen Monarchie. Für Italien sind derartige Quittungen aus der Mitte des zwölften Jahrhunderts durch das Notularium des Genueser Notars Johannes Scriba bezeugt. Mon. Patr. Chart. II, nr. 1400. 1406 und öfter. [Beispiel einer englischen quietancia (1 Joh. I) in Madox, Formularium Anglic. nr. 664.]

[3] Haltaus, Glossarium germ. s. v. quitbrief aus einer Urkunde Karls IV. von 1366: einen Quitbrief und einen Totbrief schaffen. Ueber den Totbrief vgl. Platner, Zur Lehre von den Inhaberpapieren im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 42, S. 144 und das Citat daselbst S. 143, Anm. 38. [Neben quitten (vgl. Grimm, WB. VII 2381) findet sich für quittieren die Form qweitten. Urk. vom Jahre 1450 in Cod. dipl. Silesiae II 61, nr. 61.]

> tunc nobis reddere deberes, quod ita et fecisti. Sed dum illam cautionem, quod nobis emiseras, ad presens non habeo, ideo hanc epistolam evacuaturiam fecimus, ut de ipsis soledis tantis omni tempore ductus et securus resedeas; et si ipsa cautio apparuerit vel a nobis vel ab heredibus nostris ullo quoque tempore ostensa fuerit, nullum sortiatur effectum sed vacua et inanis permaneat. Form. Turon. 44, Rozière 378.

Vergleicht man die epistolae evacuatoriae und die Kautionen der einzelnen Formelsammlungen, so zeigt sich, dass das Formular der evacuatoria stets einer Cautio derselben Formelsammlung entspricht, deren Verlust es zur Voraussetzung nimmt. Die ausgeschriebene Turonische Formel [die fast unverändert aus der Marculfschen Sammlung herübergenommen ist] fasst nur den Fall ins Auge, dass der Gläubiger oder dessen Erben die nicht restituierte Cautio präsentieren sollten. Durchweg erschöpfend ist diese Fassung nur dann, wenn die verlorene Cautio als Rectacautio stilisiert war. In der That zählt das einzige Kautionsformular der Sammlung von Tours zu den Rectapapieren [1]. Wir dürfen daher mit Fug behaupten, dass die Turonische Evacuatoria eine verlorene Rectacautio zu verrufen bestimmt war.

Allgemeiner gefasst ist die Verrufsklausel der Andegavischen Evacuatoria:

> ubi et ubi cautio ipsa inventa fuerit, vacua et inanis per- [82]
> maniad. Form. Andeg. 18, Roz. 381.

Sie entspricht, da sie ein Darlehen gegen Fronden voraussetzt, der Cautio in der Form. Andegavensis nr. 38. Diese ist keine Rectacautio, sondern enthält die Klausel: aut cui dederis ad exigendum. Darum musste die Amortisation allgemein jedem etwaigen Präsentanten gegenüber ausgesprochen werden [2].

Wie in der Turonischen Sammlung ist auch die Verrufsklausel der Marculfschen Evacuatoria auf die Eventualität beschränkt, dass der Gläubiger oder dessen Erben die abhanden gekommene Cautio präsentieren würden. Sie bezieht sich auf diejenige der drei Marculfschen Kautionen, welche als Rectacautio aus-

---

[1] Siehe oben S. 526.

[2] Die Evacuatoria in Andeg. 17, Roz. 382 betrifft den Verlust einer Urkunde über Freiheitsverpfändung, einer (bedingten) vindicio libertatis, und enthält die Verrufsklausel wie in Andeg. 18.

gestellt ist [1]. Für das Rectapapier reicht aber jene Fassung vollständig aus [2].

Das fränkische Rechtsleben kannte Schuldurkunden, bei welchen die Amortisation unzulässig war. Es konnte nämlich von vornherein vertragsmässig bedungen werden — und das betreffende Gedinge wurde in die Cautio selbst eingerückt — dass die Rückgabe der Cautio nicht durch Ausstellung einer epistola evacuatoria
[83] solle ersetzt werden dürfen. Die Kautionen dieser Art scheinen im Verhältnis zu den übrigen die Ausnahme gebildet zu haben. Wenigstens ist uns nur ein einziges Muster einer derartigen Cautio erhalten.

> Et quomodo solidos vestros reddere potuero, meam cautionem absque ulla evacuario intercedente recipiamus. Marculf II, 27, Roz. 373.

Der Verlust der Cautio hat in solchem Falle den Verlust der Forderung zur Folge. Denn eine öffentliche Amortisation von Gerichts wegen hat in dieser Zeit nicht bestanden. Deutlich tritt in diesem Verbote der Todeserklärung hervor, wie die Cautio nicht bloss Beweis-, sondern Wertträger, nicht bloss Beurkundung eines Darlehensgeschäftes, sondern Präsentationspapier sein konnte.

Auch nachdem es üblich geworden, die Zahlung von Geldschulden durch Quittungen im eigentlichen Sinne zu bestätigen, blieb die Evacuatoria in Anwendung, um die Schuldurkunde, welche der Gläubiger nicht zu restituieren vermochte, durch Todeserklärung zu entkräften [3].

---

[1] Nämlich auf Marculf II, 26. Sie kann sich nicht auf Marculf II, 27 beziehen, weil darin die Ausstellung einer Evacuatoria vertragsmässig ausgeschlossen ist. Nicht auf II, 25, weil diese Formel das Gedinge auf Rückgabe der Cautio nicht enthält und ein Darlehen von libera de argenta voraussetzt, während die Evacuatoria, Marculf II, 35, ein solches von solidos tantos erwähnt, und in dieser Beziehung mit der Cautio II, 26 übereinstimmt.

[2] Die Evacuatoria der Cartae Senonicae 24, Roz. 380 erklärt: nec ego ipse nec ullus de heredibus meis vel quislibet de parte mea, ipso debito superius nominato neque in ipsa cautione nec per ipsa cautione nec per nullis modis nullunquam tempore tibi ex hoc nullas calumnias nec repedicio non agere nec repetere non debeamus. Die Kautionsformeln der Sammlung von Sens sind als Rectapapiere aufzufassen.

[3] Cartulaire de l'abbaye de Saint Loup de Troyes ed. Lalore 1875, I 230, nr. 182, von 1216; Cartulaire de Hainaut III 162, nr. 198, von 1326 und öfter. [Rechtsbuch nach Distinktionen III, c. 11, d. 4: spricht aber der

Fortdauernde Anwendung der Restitutionsklausel.

Die fernere Geschichte des Präsentationspapieres würde zu weit über das Gebiet des fränkisch-romanischen Schuldbriefs hinausführen, als dass hier näher darauf eingegangen werden könnte. Um jedoch von vornherein den etwa möglichen Einwand auszuschliessen, dass die Existenz des dargestellten Rechtsinstitutes ein Rätsel bleibe, solange sich in den folgenden Jahrhunderten auch nicht die leisesten Spuren seiner Anwendung finden lassen, so sei es gestattet, Zeugnisse jüngerer Zeit aus verschiedenen Rechtsgebieten hier anzuführen, welche die Restitution von Schuldbriefen zum Gegenstande haben.

Die von Wasserschleben veröffentlichte Sammlung von [84] Schöffensprüchen einer Leipziger Handschrift enthält folgenden Rechtsfall[1]: Hans der Kläger hatte gegen Nickel, den Beklagten, zu Kamenz vor gehegter Bank auf Grund eines Briefes ein Urteil auf Zahlung von ungefähr zehn Schock Groschen nebst versessenen Zinsen erstritten. Der Beklagte hatte dann dem Kläger Bürgschaft gegeben, dem Rechte gehorsam zu sein. Nickel brachte aber nun seinerseits eine Klage „in dem höchsten Gerichte unseres Herrn Königs" an auf Herausgabe des Hauptbriefes. Hans klagt daraufhin vom neuen zu Kamenz aus jenem Urteile, indem er sich darüber an das Zeugnis von Richter und Schöffen zieht. Nickel, der Beklagte, wendet ein, dass er für die Zahlung der Schuld dem Kläger einen Bürgen bestellt habe, daran sich Hans hat lassen genügen. Da nun in dem Briefe eine Willkür stehe:

> wenne Nickel Hans seynen willen gemacht, daz Hans Nickel seynen briff mit dem sigil widergebin sal ane argis

und er, Nickel, bereit sei, nach Wiedergabe des Briefes wegen seiner Schuld sich zu verantworten, so bitte er um ein Urteil:

> wenn willikor alle recht bricht dy in dem briffe stet, ab Hans N(ickel) seynen brif icht billich yr (eher) unde neher wedirgebin sal wen ym an dem burgen vor den briff genugit, wen Hans N(ickels) burge vnd briffe vor-

---

iodde, he hedde den brif verlorn, daz sal her swern uf moyses buch, daz is also sy; wan her daz getud, so sal he disseme der hern adder des rates brif geben unde des gerichtes quitebriefe machen obir den verlorn brif.]

[1] Wasserschleben, Sammlung Deutscher Rechtsquellen I 388.

> gehaldin moge nach ausweisunge des brifs ader waz recht ist.

Nickels Urteilsfrage geht dahin, ob er laut dem Gedinge des Briefes nach Stellung eines Bürgen ein grösseres Recht auf Rückgabe des Briefes habe, als Hans der Kläger auf Haftung des Bürgen und Retention des Briefes zugleich [1]. Die Bürgenstellung wird als Einlösung des Schuldbriefes, die verbriefte Schuld wird als durch die verbürgte Schuld getilgt betrachtet und daraus ge-
[85] folgert, dass der Gläubiger nach der Willkür des Briefes zur Herausgabe desselben verpflichtet sei. Das Urteil der Schöffen lautet auf Restitution des Schuldbriefes.

In den Kreditbriefen und Zahlungsanweisungen, welche die anglo-normannischen Könige vom Anfang des dreizehnten Jahrhunderts ab auszugeben pflegten, um Darlehen aufzunehmen und zu bezahlen, wird die Präsentation und Restitution des Schuldbriefes regelmässig als Bedingung der Zahlung gesetzt. Um Darlehen aufzunehmen, stellten die englischen Könige Kreditbriefe, sogenannte litterae procuratoriae, aus, in welchen sie den genannten Inhaber der Vollmacht ermächtigten, den König durch Aufnahme von Darlehen zum Schuldner zu machen. Der Kreditbrief war mitunter generell an sämtliche Kaufleute adressiert [2]. Ein solcher Kreditbrief aus dem zweiten Regierungsjahre Johanns (1200) lautet, wie folgt:

> Johannes Dei gratia etc. universis mercatoribus etc. [3]. Noverit universitas vestra quod nos latores presentium Hugonem de Feritate et Robertum de Sablenc. pro negotiis nostris promovendis ad Romanam curiam destinamus et mercatoribus, a quibus pecuniam usque ad D marcas argenti pro ipsis negotiis promovendis mutuo

---

[1] [Nach der Blume von Magdeburg II, 2, 98 wird umgekehrt der Bürge frei, wenn das Gelübde des Schuldners, für das er sich verbürgt hatte, wird „uorwandelt mit briffin und mit gelubde".]

[2] Auf diese interessanten Urkunden war Goldschmidt so freundlich, mich aufmerksam zu machen. Beispiele finden sich abgedruckt bei Edw. A. Bond, Extracts from the Liberate Rolls relative to Loans supplied by Italian Merchants to the Kings of England in the 13. and 14. centuries im 28. Bande der Archaeologia, herausgeg. von der Society of Antiquaries of London. [Ueber derartige Generalkreditbriefe handelt nunmehr Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts I 398 ff.]

[3] ad quos presens scriptum pervenerit oder ähnlich.

acceperint, ipsam pecuniam persolvere tenebimur. Et nos per praesentes litteras principales super hoc constituimus debitores et termino statuto secundum conventionem inter predictos clericos nostros et mercatores factam illis, qui praesentes litteras nobis vel mandato nostro reddent *una cum litteris praedictorum clericorum patentibus summam pecuniae mutuo acceptae protestantibus,* pecuniam ex integro faciemus persolvi. Teste me [86] ipso apud Fissam VI die Januarii[1].

Der Gläubiger musste den königlichen Kreditbrief, hier litterae principales genannt, und den von den Bevollmächtigten des Königs ausgestellten Schuldschein präsentieren, um Zahlung zu erlangen. Die Finanzgebarung des englischen Schatzamtes machte die Behebung der Schuldsumme davon abhängig, dass der Gläubiger ausserdem noch eine dritte Urkunde, nämlich eine königliche Anweisung an das Schatzamt, betreffend die Auszahlung der Summe im Schatzamte, vorwies.

Rex etc. Liberate sine dilatione Bartholomeo et Hugoni Senensibus mercatoribus vel certo eorum nuncio has litteras nostras vobis deferenti XL marcas, quas commodaverunt magistro Willielmo de Kylkenny ad negotia nostra in curia Romana expedienda. Ita videlicet *quod antequam denarios illos ei liberaveritis, tam litteras nostras patentes procuratorias de mutuo illo quam litteras ipsius magistri Willielmi de ipso contractu ab eo recipiatis*[2].

Diese Zahlungsanweisung, welche aus dem einundzwanzigsten Regierungsjahre Heinrichs III. datiert ist, hat ein Darlehen zur Voraussetzung, welches auf Grund eines königlichen Kreditbriefes

---

[1] Bond a. O. S. 217. [Zahlungsanweisungen dieser Art konnten auch an einzelne Beamte ergehen, die mit dem Schatzamt abzurechnen hatten. Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie XV 98: Rex etc. J. de P. etc. Mandamus vobis, quod sine dilacione mercatoribus Senensibus vel eorum nunciis, qui vobis litteras nostras et litteras magistri Petri Barilli clerici nostri et domini Jordani Gardini testimoniales exhibebunt super XL marcas argenti, quas eidem Petro in curia Romana pro negociis nostris existentibus et octo etiam marcas, quas eidem revertenti a curia ipsa apud Senas mutuo tradiderunt, integriter persolvatis et solucione facta omnes litteras predictas recipiatis ab ipsis et retineatis et computabitur vobis ad scaccarium. Teste me ipso apud Turones . . .]

[2] Bond a. O. S. 262.

bei zwei Kaufleuten von Siena kontrahiert worden ist. Das Schatzamt wird angewiesen, nicht ohne vorausgehende Aushändigung der litterae procuratoriae und der von dem Bevollmächtigten Wilhelm von Kylkenny ausgestellten Schuldurkunde zu zahlen. Vermutlich haben auch die Schuldbriefe der vom König bevollmächtigten Darlehensnehmer die Klausel enthalten, dass gegen Rückgabe des Schuldbriefs gezahlt werden solle, wie sie der königliche Kreditbrief und die königliche Zahlungsanweisung enthielten.

Da es sich bei diesen Geschäften durchweg um Anlehen bei italienischen Kaufleuten handelt, so liegt es nahe, die Formen der
[87] erörterten Urkunden auf den Einfluss des italienischen Bankwesens zurückzuführen [1].

Zeugnisse für die Anwendung des Präsentationspapiers sind endlich auch die obligatorischen Inhaberpapiere. Denn die mannigfaltigen Formen, in welchen das obligatorische Inhaberpapier erscheint, machen die Präsentation und Aushändigung des Papiers zur Voraussetzung der darin versprochenen Leistung an den Inhaber. Für die Zeit seit dem dreizehnten Jahrhundert steht der Gebrauch des Inhaberpapiers als eine allgemein bekannte Thatsache fest. Hier gilt es zunächst, das Inhaberpapier als ein Rechtsinstitut darzustellen, welches bereits für die fränkische Periode und die unmittelbar folgenden Jahrhunderte durch eine ungeahnte Fülle von urkundlichen Beispielen beglaubigt ist.

2. Inhaber- und Orderpapier.

Das Anwendungsgebiet des Inhaberpapiers.

Das Inhaberpapier ist im heutigen Rechtsleben nicht auf Schuldverhältnisse beschränkt. Die obligatorischen Inhaberpapiere, das heisst diejenigen, bei welchen sich der Aussteller des Papiers zu einer Leistung an den Inhaber verpflichtet, bilden nur eine be-
[88] sondere Klasse der Inhaberpiere, und es ist eine Einseitigkeit, wenn mitunter die obligatorischen Inhaberpapiere der Konstruktion des Rechtsinstituts ausschliesslich zu Grunde gelegt werden. Die Ver-

---

[1] [Siehe Goldschmidt a. O. I 398.] Ueber einen Rechtsfall des fünfzehnten Jahrhunderts, der sich um die unmöglich gewordene Rückgabe eines Schuldbriefes dreht und dem französisch-flämischen Handelsverkehr angehört, siehe Zeitschrift f. Handelsrecht XXII 49.

schreibung auf den Inhaber kann ebenso wie die Radizierung die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse erfassen. Gleichwie ein Recht derart an Grund und Boden geknüpft werden kann, dass es dem jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks zusteht, so kann es vielfach auch so konstituiert werden, dass der jeweilige Eigentümer einer Urkunde als Rechtssubjekt erscheint. Kurz, wir haben es bei den Inhaberpapieren ebenso wie bei den Realrechten mit einer dem germanischen Rechtsleben eigentümlichen Form der Bestimmung des Rechtssubjektes zu thun, welche das gesamte Rechtssystem durchzieht und daher im System ihre passendste Stelle unter den im allgemeinen Teile abzuhandelnden Lehren findet [1].

An die Innehabung des Papiers können Mitgliedsrechte einer Korporation geknüpft sein. Ein Beispiel bietet die Stammaktie. Auch Sachenrechte können als Recht des Papierinhabers verbrieft werden, so das Miteigentum, der gemeinschaftliche Niessbrauch eines Grundstücks. Bei den Pfandbriefen auf den Inhaber erscheint das Pfandrecht, bei den älteren Rentenbriefen auf den Inhaber das Rentenrecht, bei den Zinsquittungsscheinen der preussischen Grundschuldbriefe das Recht auf Grundschuldzinsen als ein Recht aus der Urkunde. Selbst der Besitz einer Sache lässt sich als ein Besitz des Papierinhabers denken. Man vergegenwärtige sich den Fall eines auf den Inhaber ausgestellten Konnossements [2]. Der jeweilige Inhaber erscheint als Besitzer der Ladung, wenn man sich auf den Standpunkt Goldschmidts stellt, dass der Schiffer [89]
sie im Namen einer incerta persona, des Konnossementsinhabers, detiniert [3]. Zu alledem kommt die zahlreiche Klasse der obligationenrechtlichen Inhaberpapiere, durch welche die verschiedenartigsten Leistungen dem Papierinhaber verschrieben werden können und bei welchen das Schuldversprechen ebensowohl ein abstraktes als ein individualisiertes sein kann [4]. Ein Blick in die Vergangen-

[1] Daneben sind die einzelnen Arten von Inhaberpapieren unter den Rechtsverhältnissen, als deren Träger sie auftreten können, abzuhandeln, also in der Lehre von den Schuldverhältnissen, vom Pfandrecht, von der Aktiengesellschaft u. s. w.

[2] Da es sich hier nur um die juristische Denkbarkeit eines Inhaberbesitzes handelt, verschlägt es nichts, dass Konnossemente auf den Inhaber im deutschen Seeverkehr nicht üblich sind.

[3] Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, S. 721 ff.

[4] Es ist unrichtig, wenn Siegel, Das Versprechen S. 108, das Gemeinsame der sog. Recta-, Order- und Inhaberpapiere darin findet, dass eine Schuld

heit des Inhaberpapiers zeigt uns dasselbe als Träger von Rechtsverhältnissen, bei welchen es heute nicht mehr vorkommt. Die unten folgenden Urkunden werden uns ein Mundium auf den Inhaber, Wergeldansprüche auf den Inhaber und erbrechtliche Ansprüche auf den Inhaber kennen lehren.

Verschiedenartig wie das Recht, welches an das Inhaberpapier geknüpft ist, kann auch der Entstehungsgrund sein, aus welchem das Recht des Papierinhabers herzuleiten ist. Zumeist liegt ein Vertrag zu Grunde. Aber auch ein einseitiges Rechtsgeschäft kann die rechtliche Basis des Inhaberpapiers bilden. Nur ist die einseitige Kreation des Inhaberpapiers in keinem Falle als Entstehungsgrund des Rechtes zu denken. Die Kreation an sich ist nicht Rechtsgeschäft. Es muss daher zu ihr noch stets ein Rechtsgeschäft, sei es ein Vertrag oder eine einseitige Willenserklärung, hinzukommen, damit eine Verpflichtung des Ausstellers, ein Recht des Inhabers daraus erwachse.

Verträge über Leistungen an Dritte.

[90] Eine Leistung kann in der Weise versprochen werden, dass sie an den Empfänger des Versprechens (der nach älterem Rechte das Vertragssymbol, die festuca oder wadia, empfing) erfolgen soll. Es gibt aber auch Verträge, nach welchen der Empfänger der Leistung ein anderer sein soll als der Empfänger des Leistungsversprechens. Es gibt Verträge über Leistungen an Dritte. Diese Verträge können entweder dahin gehen, dass schlechtweg dem Dritten, oder dahin, dass dem Empfänger des Leistungsversprechens oder dem Dritten zu leisten sei.

Der Dritte, an den zu leisten der eine Kontrahent dem andern verspricht, kann von vornherein bekannt und in dem Schuldbrief mit Namen genannt sein. Beispiele aus dem dreizehnten Jahrhundert bieten verschiedene Eintragungen des Stralsunder Stadtbuchs.

---

ohne Angabe des Grundes in begebbarer Urkunde gegen Rückgabe derselben versprochen wird. Es gibt Inhaberpapiere, welche ein individualisiertes, an den Schuldgrund gebundenes Versprechen enthalten, z. B. die Zinscoupons und Dividendenscheine auf den Inhaber, die Erneuerungsscheine auf den Inhaber. Vgl. Thöl, Handelsrecht 5. Aufl. I, 2, S. 82. Desgleichen gibt es Orderpapiere, bei welchen das Schuldversprechen kein abstraktes ist. So das Konnossement. Goldschmidt, Handbuch I, 2, S. 685.

1292: Item Leo Falco, Bernardus de Scaprode, Gerardus Wicberni . . . tenentur Henrico de Wickede 700 mrc. 17½ mrc. minus, in Epyphania terminus. Hec pecunia est prestanda Ghotscalco de Ekelinghoue et Johanni Albo. Fabricius, Stralsunder Stadtbuch, S. 144, VI, 84.

1293: Johannes Lange et Thidemannus Longus tenentur manu coniuncta Gherardo de Tribezes 30 mrc. . . vel Henrico Eselsfot, si alius non fuerit presens. A. O. S. 146, VI, 106.

Ein hierhergehöriges Beispiel bietet ferner der ältere Wechsel mit vier Wechselpersonen, in welchem die Leistung an den mit Namen genannten Präsentanten versprochen wird. Auf Beispiele aus älterer Zeit kann ich um so eher verzichten, als gerade dieser Punkt einem Widerspruch oder Zweifel kaum begegnen dürfte.

Die Leistung, um die es sich da handelt, braucht nicht eine [91] Leistung zu gunsten des Dritten zu sein. Der Dritte ist vielleicht Mandatar des Kontrahenten, dem das Versprechen gegeben wurde. Der Gesichtspunkt der Verträge zu gunsten Dritter reicht daher hier wie in den folgenden Fällen als Konstruktionsbasis nicht aus. Es ist vielmehr eine besondere Klasse von Verträgen über Leistungen an Dritte aufzustellen, welchen die Verträge zu gunsten Dritter teilweise — nicht durchgehends — eingeordnet werden können.

Der Dritte, an den schlechtweg oder eventuell geleistet werden soll, kann zur Zeit des Vertragsschlusses noch unbekannt sein, so dass er nicht mit Namen genannt werden mag. Daher wird es einer rechtlichen Verfügung des Gläubigers überlassen, zu bestimmen, ob an einen Dritten geleistet werden soll und wer eventuell dieser Dritte sein soll.

Ein bedingtes Versprechen der Leistung an einen noch unbestimmten Dritten liegt vor, wenn in italienischen Urkunden der Tradent in Kauf- und Schenkungsverträgen über Grundstücke dem Erwerber verspricht, die auf Anfechtung des Geschäfts oder auf den Bruch der Gewährschaft gesetzten Geldstrafen dem Erwerber oder seinen Erben oder eventuell demjenigen zu zahlen, dem das Grundstück vom Erwerber oder von seinen Erben übergeben worden sein wird.

982. Schenkung. Si ego aut meos filios et heredes illut vel exinde vobis vestrisque heredibus tollere aut contrare

seu remobere quesierimus, tunc .. decem auri solidos componere obligo me et meos filios et heredes tibi *et cui per te vel exinde datum paruerit.* Codex Cavensis II 175, nr. 344.

993. Verkaufsurkunde. Et per ipsa guadia obligo me et meos filios et heredes amodo et semper antistandum et defensandum ad pars ipsius ecclesie .. mea vindictione .. et cui vel ubi per pars ipsius ecclesie illut vel exinde datum paruerit et ad eius heredes da omnis homines omnique partibus et non aliquit exinde eorum
[92] tollere aut contrare queramus. Si autem .. taliter illut in eadem ecclesia et cui vel ubi per pars ipsius hecclesia illut vel exinde datum paruerit, non defensaberimus vel aliqua causatio exinde eorum preposuerimus, tunc questio et causatio nostra et de nostros heredes adversus pars predicte ecclesie et cui pro pars ipsius ecclesie illut vel exinde datum paruerit, sit inde tacita et vacua et duplum supradicto pretium componere obligo me et meos filios et heredes ad pars ipsius ecclesie *et cui vel ubi pro pars ipsius ecclesie illut vel exinde datum paruerit.* Codex Cavensis III 3, nr. 460 [1].

Nach einer Formel des Cartularium Langobardicum wird der Freilasser, welcher die Freiheit des Freigelassenen gerichtlich anerkennt, in folgender Weise aufgefordert, sich zu verpflichten: Modo warpi te, modo obliga te, si umquam .. contra Petrum aut suos heredes *aut cui ipsi dederint suum conquistum* habes agere aut causare .. ut componatis etc. [2].

Da man sich streng an den Wortlaut des verbrieften Schuldvertrags hielt, so war der Schuldner an sich nicht verpflichtet, dem Boten oder dem Bevollmächtigten des Gläubigers zu leisten, wenn nicht ausdrücklich bedungen worden war, dass dem Gläubiger oder dessen missus, oder dass schlechtweg dem missus geleistet werden solle.

---

[1] Die vorsichtige Fassung dieser Klauseln bestätigt aufs deutlichste, was oben über den Formalismus des Urkundenwesens gesagt worden ist. Vgl. noch Cod. Cav. I 187, nr. 147, a. 927, III 6, nr. 463, a. 993, Monum. Patriae Chart. II, col. 131, a. 1040 und öfter.

[2] Form. 18, qualiter sit finis status. LL. IV 600. Vgl. noch die fünfte Formel, de promissionibus refutationum: si amodo habeatis agere aut causare .. contra illum aut suos heredes aut cui ipsi dederint .. ut componatis. ..

Daraus erklärt es sich, dass in den libellarischen Kontrakten des langobardischen Rechtsgebietes der missus des Berechtigten ausdrücklich als derjenige bezeichnet wird, welchem der Pachtzins eventuell oder schlechtweg geleistet werden soll.

Domne Abbas, so wird der Verleiher nach einer langobardischen Verleihungsformel aufgefordert, trade per hanc pergamenam libellario nomine ad Johannem unam petiam de terra .. et persolvere exinde debeat .. singulis annis .. decem denarios sic, ut ipsi denarii in predicto monasterio consignentur ipsi abbati aut suis successoribus *vel illorum misso* aut super altare ipsius monasterii ponantur per se aut per suos heredes aut per suos missos [1]. [93]

Eine grosse Zahl von urkundlichen Belägen bietet der Codex diplomaticus Langobardiae für stipulierte Leistungen an den Herrn oder dessen missus:

854: et ipso vino cum nostro evegio (Fuhrwerk) .. consignato vobis vel ad misso vestro. L. c. col. 313, nr. 186,

897: consignato (vino) a parte (ad partem) ipsius monasterii vobis vel a successoribus vestris aut ad missum ipsius monasterii. L. c. col. 621. nr. 374 [2].

Für Leistung an den missus schlechtweg:

837: consignare promittimus (den Natural- und Geldzins) in cella vestra in piscaria et consignare ad misso vestro, qui pro tempore ordinatum fuerit in ipsa cella, cum nostro dispendio. L. c. col. 229, nr. 129 [3].

In Urkunden von Lucca werden Abgaben, die ein Priester von seinem Benefizium an den Bischof zahlen soll, in der Weise bedungen, dass sie dem Bischof oder dessen Nachfolger oder dessen locopositus oder dem vom Bischof bestellten Ministerialen oder dem bischöflichen missus bezahlt werden sollen.

902: perexolvere repromitto .. tibi vel ad subcessoribus [94]
tuis vel ad .. ministerialem illum, quas in ipso domo

---

[1] Cartularium Lang. 7, traditio libellorum. LL. IV 596.

[2] Vgl. l. c. col. 367, nr. 219, a. 861; c. 513, nr. 302, a. 881; c. 514, nr. 303, a. 881; c. 1196, nr. 688, a. 964 und öfter.

[3] Dato et consignato .. ad misso dominico in suprascripta curte. L. c. col. 316, nr. 188, a. 855. Vgl. l. c. col. 270, nr. 157, a. 845.

pro tempore constitutum abueritis, vel ad misso vestro. Memorie di Lucca V, 3, p. 14, nr. 1060[1].

Auch in reinen Schuldurkunden findet sich schon seit dem zwölften Jahrhundert die später so häufig angewendete Klausel, durch welche die Zahlung an den Gläubiger oder dessen missus, certus missus, nuncius, certus nuncius stipuliert wird. Den ausgiebigsten Beweis aus älterer Zeit liefern die Imbreviaturen im Notularium des Genueser Notars Johannes Scriba.

1155: Confitemur accepisse a te .. tantum de tuis rebus, unde tibi vel tuo misso libras decem .. solvere promittimus. Mon. Patr. Chart. II, nr. 252, col. 293 und öfter.

1155: Accepti a te .. libras denariorum Januensium 28 .. quas promitto solvere tibi vel tuo certo misso .. L. c. II, nr. 259, col. 297 und öfter.

1164: Profiteor cepisse mutuo a vobis .. libras 56 .. unde promitto, quod eas .. persolvam vobis vel vestro nuncio. L. c. II, nr. 1381, col. 919 und öfter.

Einmal versprechen die Schuldner schlechtweg dem nuncius
oder den nuncii des Gläubigers zu zahlen. Sollten sich aber solche
nicht einfinden, so versprechen sie, näher bezeichneten dritten Per-
[95] sonen zu zahlen[2]. Die Bestellung des nuncius erfolgte mitunter
durch notarielle Urkunde.

1156: Ego Solimannus facio te Ogerium de Ripa nuncium meum ad recuperandum tarenos 1255 .. quos mihi debet Jordanus de Molino. L. c. nr. 338, col. 345.

1156: Bonusiohannes confessus est se debere uncias quinque et mediam auri .. Ribaldo Sarafie et nuncio eius, qui fecit nuncium suum Donadeum de Balneo. L. c. nr. 365, col. 358[3].

Das Versprechen an eine persona incerta zu leisten findet u. a. auch dann Anwendung, wenn die Leistung an den von einem

---

[1] Vgl. Mem. di Lucca V, 2, p. 500, nr. 824, a. 873, V, 2, p. 575, nr. 937, a. 885, V, 2, p. 588, nr. 954, a. 887, IV, 2, p. 62, nr. 47, a. 887, V, 2, p. 604, nr. 978, a. 891, V, 2, p. 632. 1025, a. 898, IV, 2, p. 70, nr. 52, a. 900.

[2] Bernardo de Paragia vel Peire de Peschera aut ambobus vel priori aut preceptori vel thesaurario hospitalis sancti Johannis, quod estet ad Sanctum Egidium. L. c. nr. 1361, col. 909.

[3] Der nuncius ist, wie aus diesen Imbreviaturen hervorgeht, nicht immer als blosser Bote aufzufassen.

Kontrahenten zu ernennenden Testamentsvollstrecker erfolgen soll, oder an denjenigen, welchem durch dessen Vermittlung etwas zugewendet werden soll [1].

Verwandt mit der heutigen Orderklausel ist die Verabredung, dass der Schuldner zahlen solle dem Gläubiger oder demjenigen, an welchen zu leisten der Gläubiger befehlen wird.

1194: Bene presbiter . . confessus fuit, quod Rusticus magister . . . mutuaverat sibi libras L . . . Quare iam- [96] dictus presbiter Bene convenit et suprascripto Rustico stipulanti promisit, quod ipse . . infra unum mensem post inquisitionem reddere et solvere suprascripto Rustico vel suo heredi *aut cui preceperit suprascriptus* L libras . . . Memorie de Lucca IV, 2, p. 198, nr. 140 [2].

Die für das heutige Recht streitige Frage, ob der Dritte, dem geleistet werden soll, aus solchem Vertrage ein selbständiges Klagrecht besitze, ist für das ältere Recht — wenn wir etwa den Fall des Versprechens der Leistung an den missus vorläufig als zweifelhaft ausnehmen — unbedenklich zu bejahen. Den Belag bietet eine Salernitaner Gerichtsurkunde vom Februar 990 [3]. Ein Abt Rodoaldus hatte dem Grafen Friderisus ein Grundstück verkauft. In der Verkaufsurkunde versprach der Verkäufer:

et si taliter illut ei (dem Friderisus) et cui per eum datum paruerit et ad eius heredes et cui vel ubi per illis datum paruerit non defensaberit da omnibus hominibus . . . aut si ille (der Verkäufer) . . quesierit illut vel exinde

---

[1] Beispiele folgen unten unter den Belegen für die italienische Präsentations- und Orderklausel. Aus dem 13. Jahrhundert liefert das Stralsunder Stadtbuch einen Fall, in welchem die Zahlung eventuell an denjenigen geschehen soll, welchen der andre Kontrahent in seinem Testamente bestimmt. Wicboldus de Dorp manet obligatus Vrowino notario in octuaginta marcis . . . Sed si, quod absit, Vrowinus de studio non fuerit reversus salua vita, tunc erogabit memoratam pecuniam illis, quibus eandem in testamento assignauit. Fabricius a. O. Eintragung zum Jahre 1288, IV 15.

[2] Vgl. die Klausel: solvendas . . (eis) quos nominaverit, in Schröder-Lörsch, Urkunden z. G. d. d. P. R. nr. 175, Gareis, Zeitschrift für Handelsrecht XXI 355 [insbesondere aber die Klauseln: aut alii quem ordinaveris, aut cui ordinaverit, aut pro vestra ordinatione, in Genueser Urkunden von 1160 bis 1162, auf welche Goldschmidt, Universalgeschichte S. 392, Anm. 31 aufmerksam macht].

[3] Codex Cavensis II 289, nr. 422.

tollere aut contrare seu remobere et quodcumque causationes exinde preposuerit, per bona combenientia componere obligasset se ipse Rodoaldus . . *illorum* (illis) vel ad illorum heredibus *aut cui vel ubi per eis datum paruerit* sexcentos auri solides costantinos.

Friderisus tradiert das Grundstück der Fürstin Sikelgaita, welche daselbst eine Kirche gründet, der sie den Abt Dumnellus vorsetzt. Dieser Dumnellus tritt dann klagend gegen Rodoaldus auf, der das Recht des Klägers bestreitet, aber schliesslich, nachdem die von Dumnellus produzierten Urkunden verlesen worden, seinen Widerspruch aufgibt.

[97] . . et ec finita ipse Dumnellus abbas cepit causanter contendere, ut deberet ei componere ipse abbate (Rodoaldus) compositionem illam, quam ille obligabit componere ipsius Friderisi et cui per eum ipsa sua tradictio data paruerit vel ad eius heredes aut cui vel ubi per illis data paruerit.

Der Beklagte erklärt dagegen, dass er die in der Verkaufsurkunde versprochene Strafsumme nicht schulde, weil weder Friderisi noch Sikelgaita das Grundstück dem Abte Dumnellus gegeben habe. Jener stützt sich also auf den Wortlaut des Strafgedinges, worin allerdings nur von einer Anfechtung und einer Konventionalstrafe gegenüber einem solchen Dritten die Rede ist, cui *datum* paruerit. Dumnellus kann in der That eine förmliche Traditionsurkunde von seiten der Fürstin nicht vorweisen; eine solche ist erst, vielleicht aus Anlass dieses Falles, im folgenden Monat ausgestellt worden [1]. Er beruft sich vielmehr darauf, dass seit Stiftung der Kirche Land und Kirche in seiner Gewalt stünden. Nach langedauerndem Wortgefechte wird ein Vergleich vermittelt. Dumnellus erlässt dem Rodoaldus die compositio und empfängt dafür von ihm ein Gewährschaftsversprechen und eine Pönalstipulation, welche unmittelbar auf Dumnellus und seine Nachfolger lauten. Die Urkunde ergibt das selbständige Klagerecht des Dritten. Denn dass derjenige, cui datum paruerit, eine Klage auf die Konventionalstrafe habe, anerkennt auch Rodoaldus; er will nur nicht zugeben, dass diese Voraussetzung bei dem Kläger zu-

[1] Codex Cavensis II 297, nr. 425, a. 990.

treffe, indem er sich an den buchstäblichen Tenor seines Versprechens hält[1].

Das Versprechen, eventuell einem Dritten zu leisten, ist als [98]
juristisches Merkmal den obligationenrechtlichen Order- und Inhaberpapieren des heutigen Rechtes gemeinsam. Die Bestimmung des Dritten soll hier wie dort dem Willen des ersten Nehmers anheimgegeben sein. Bei Orderpapieren ist dieser Wille nach Abschluss des Rechtsgeschäfts durch besondere Verfügung des Nehmers, durch Indossament, kundzugeben. Dagegen sagt der Kontrahent, dem ein Inhaberpapier ausgestellt wird, im Schuldvertrage von vorneherein, dass dem Inhaber geleistet werden solle, ohne dass später eine weitere Willenserklärung nötig würde. Dem Schuldner gegenüber den Dritten zu bestimmen, liegt zwar thatsächlich in seiner Macht, solange er in der Lage ist, das Papier zu begeben; rechtlich aber ist sein Wille dem Schuldner gegenüber gebunden durch die Erklärung, dass der Inhaber derjenige sei, dem er geleistet wissen wolle.

[Trotz jenes fundamentalen Unterschiedes dürfte es sich empfehlen, in der vorliegenden Untersuchung für das ältere Recht von einem weiteren Begriffe des Inhaberpapiers auszugehen und diesem nicht nur jene Urkunden einzuordnen, die ohne Beschränkung auf den Inhaber lauten, sondern auch jene, laut welchen die Geltendmachung des beurkundeten Rechtes einem qualifizierten Inhaber zustehen soll. Eine qualifizierte Innehabung wird verlangt in Urkunden mit Vorläufern der heutigen Orderklausel.]
Ein Orderpapier im heutigen Sinne, das heisst ein Papier mit der [99]

[1] Ausdrücklich wird das Klagerecht des Dritten aus Verträgen über Leistungen an Dritte in einer jüngeren Rechtsquelle, nämlich in dem Constitutum usus von Pisa, ausgesprochen. Die meines Wissens bisher nicht verwertete Stelle lautet: Equitati convenire arbitrantes statuimus, ut si quis alicui presenti vel absenti dari vel fieri sive sibi pro alio vel eius nomine aut sibi et alii fuerit stipulatus, etiam is cui fuerit stipulatus (der Dritte) rem et penam petere possit, nisi stipulatio pene in persona fuerit stipulatoris concepta; tunc solus stipulator penam petere valeat. Const. usus XI, Bonaini, Statuti di Pisa II 856. Der Dritte hat aus dem Vertrage der beiden Kontrahenten eine Klage auf die bedungene Leistung und auf die Konventionalstrafe. Er hat die Klage auf letztere nicht, wenn das Versprechen der Strafsumme in personam stipulatoris konzipiert ist. [Eine Anzahl italienischer Statuten, die das Klagerecht des Dritten statuieren, bei Pertile, Storia del diritto italiano IV (1874), S. 430, Anm. 9.]

Klausel „an Order“, und ein mit bestimmten Rechtswirkungen (ipso iure oder auf Grund jener Klausel) indossables Papier war im älteren Rechte nicht vorhanden. Soweit der Ansatz eines Orderpapiers sachlich ausgebildet war, lautet die Urkunde auf einen qualifizierten Inhaber. Und zwar begegnet uns im fränkischen Reiche zuerst die Klausel, dass an die namentlich genannte Person oder an jenen Inhaber zu leisten sei, dem sie den Schuldbrief „ad exigendum“ begeben haben werde. Sie soll im folgenden als Exaktionsklausel bezeichnet werden. [Ihr steht auf dem Wege zum heutigen Orderpapier am nächsten die Klausel, welche schlechtweg die Begebung durch den namentlich Genannten verlangt.] Von der Klausel cui praeceperit, ordinaverit und ähnlichen Klauseln, die man gleichfalls zu den Vorläufern der Orderklausel zählen darf, unterscheiden sich jene Klauseln dadurch, dass — soweit es sich um Forderungen handelt — an die präsentierende Order zu leisten ist, [dass die Orderklausel zugleich Inhaberklausel ist[1]. Eine qualifizierte Innehabung setzt ferner die Stellvertretungsklausel voraus, die zugleich Inhaberklausel ist. Von den Klauseln des heutigen Rechtslebens steht ihr die das Prokuraindossement charakterisierende Klausel am nächsten. Um den formellen Unterschied von den Urkunden festzuhalten, die auf die Order oder auf einen Vertreter lauten, ohne die Begebung oder die Innehabung der Urkunde zu verlangen, sollen im folgenden die Klauseln, die eine qualifizierte Innehabung voraussetzen, unter die Inhaberklauseln im weiteren Sinne gestellt werden[2]. Als beschränkte Inhaberklauseln heben sie sich von den Inhaberklauseln im engeren Sinne, den unbeschränkten Inhaberklauseln, ab.]

Die Exaktionsklausel in den Formeln.

Die älteste Anwendung der Inhaberklausel im weiteren Sinne findet sich in jenem Bestandteile von Schuldurkunden, in welchem
[100] auf den Bruch des Schuldvertrags eine Konventionalstrafe gesetzt wird. Die älteste Inhaberklausel ist die beschränkte Inhaberklausel

---

[1] [Orderinhaberklausel nannte ich sie Franz. Inhaberpapier S. 75. Ebenso nennt sie Goldschmidt, Universalgeschichte S. 391, Anm. 30a, S. 424.]

[2] [Dem Wortsinne nach wird z. B. niemand Anstand nehmen, die Klausel „dem getreuen Inhaber“ als Inhaberklausel zu bezeichnen, obwohl sie juristisch eine Orderklausel ist.]

im Strafgedinge des Schuldbriefs. Es kann als bekannt vorausgesetzt werden, dass das germanisch-romanische Urkundenwesen die poena dupli als gewillkürte Strafe des Vertragsbruchs, als „stipulatio si contra fecerit“ dem römischen Rechtsleben entlehnt hat [1]. Die cautiones enthalten sie regelmässig. In den meisten cautiones, wo nicht die Rückgabe der Cautio durch die Hand des Darlehensgebers bedungen wird, findet sich zum Schluss das Versprechen des Schuldners, dass er im Verzugsfalle das duplum dem Gläubiger oder demjenigen zahlen werde, dem der Gläubiger die Cautio zur Einforderung übergeben haben würde.

.. quod si non fecero et dies placitus mei prefinitus transierit, pro duplum in crastinum me aut heredis meos vos aut heredis vestri, *aut cui hanc cautionem dederitis exigendam,* teneatis obnoxium. Marculf II 25, Roz. 368.

Et si exinde necligens aut tardus fuerit (fuero), volomtate vestra non habueris, hic modo mihi in hunc caucione placuit inserrere ipsas res vestras in dupplum vobis sum redeturus, aut vobis, *aut cui cautionem istas dederis ad exagenda.* Andegav. 60, Roz. 369.

Et si exinde de ipsa opera aut de ipsas res ad ipso placito necgligens aut tardus fuero aut volumtate vestra exinde non abuero, tunc me constat res vestras in dupplum debiam esse rediturus, aut vobis, *aut cui caucione ista dederis ad exagenda.* Andegav. 38, Roz. 371 [2].

Anklänge an die Klausel: cui cautionem dederis ad exigen- [101]
dum, bietet die in der westgotischen Formelsammlung enthaltene

---

[1] Bluhme, Ueber die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte, besonders der Kontrakte, vom sechsten bis neunten Jahrhundert in Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts III 207. R. Löning, Ueber Ursprung und rechtliche Bedeutung der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln, 1875.

[2] Auch die Formel 22 der Formulae Andegavenses zähle ich hierher. In der Schlussklausel: rem vestra redere debiam et caucionem meam recipere facias, aut tibi, aut cui caucione ista dederis ad exagendum, ist wahrscheinlich hinter dem Worte facias ein längerer Satzteil ausgefallen, etwa: et si exinde necgligens aut tardus fuero, me constat res vestras in dupplum debiam esse rediturus aut ... Anderenfalls müsste man die Schlussworte aut tibi etc. hinter dem reddere debiam einfügen, so dass sie sich auf das prinzipale Zahlungsversprechen beziehen, eine Wendung, für welche in dieser Zeit jedes Analogon fehlt.

Cautio dar, welche dem uns unbekannten Typus der spätrömischen Cautio unter allen überlieferten Cautiones am nächsten stehen dürfte[1].

Domino et fratri illi ille. Profiteor me per hanc cautionem meam cabere et cabeo tibi, domine et frater ille, propter auri solidi numerus tot, quos pro necessitate mea imperante tibi domino praestare iussisti. Quos solidos, si Deo dictum placuerit, tibi ad diem calendas illas istius anni proximi futuras cum gratiarum actione me spondeo esse redditurum et in beneficio solidorum ipsorum me tibi spondeo hoc et illud. Qui si minime fecero et diem huius meae cautionis excessero, iuratus dico[2] per hoc et illud, *quia liceat tibi cautionem meam cui tu ipse volueris tradere* et a dibito mihi excutere, supradicta pecunia una cum beneficio[3] suo dupplicata cogar exsolvere. In qua cautione praesens praesentibus stipulatus sum et spopondi.

[102] Es ist nicht leicht, die Einwilligung des Schuldners in die Uebertragung der Cautio auf befriedigende Weise zu erklären. Das Recht, zur Eintreibung der Cautio einen prozessualischen Stellvertreter zu bestellen, hätte der Gläubiger schon nach der westgotischen Antiqua besessen. Nur die Bestellung einer persona potentior, das patrocinium, war in Anlehnung an das römische Verbot der cessio in potentiorem verboten[4]. Biedenweg[5] will daher jene Klausel von einem Verzicht auf das Verbot des patrocinium verstehen. Einfacher scheint es mir, die Klausel von unmittelbarer Uebertragbarkeit der Forderung zu verstehen. Der Schuldner gibt von vorneherein dem Gläubiger Vollmacht zur

[1] [Form. Wisigoth. nr. 38 bei Zeumer, Formulae S. 591.]

[2] In dem Urkundenwesen der germanischen Reiche erscheint die eidliche Bestärkung als ein Merkmal der von Römern ausgestellten Urkunden. Dass die interpositio sacramenti im spätrömischen Rechtsleben bei Ausstellung von cautiones Sitte war, ergibt l. 16 Cod. IV, 30, de non num. pec.

[3] Zinsen.

[4] Lex Wisigoth. L. II, t. II, c. 8 [L. I in der ersten Auflage dieser Abhandlung war ein Druckfehler, den Salvioli, Titoli al portatore S. 57, einfach übernommen hat, wie so vieles andere, was er dieser Abhandlung entlehnte, ohne die Quelle anzugeben. Siehe die Anzeige von Val de Lièvre in den Mitteil. des Instituts für österr. Geschichtsforschung IV 147.] Vgl. Lex Burgund. t. 22, de removendis in negotio Romano patrociniis barbarorum.

[5] Commentatio p. 70.

Uebertragung der Forderung, so dass der Dritte sie nicht als Prozessvertreter des Darlehensgebers, sondern als selbständige Prozesspartei geltend machen kann. Die westgotische Formelsammlung enthält in Nr. 42 eine Formel mit der Ueberschrift: alio iniuncto, welche sich zur obigen Cautio etwa ebenso verhält, wie die Willebriefe[1] zu den Orderpapieren des späteren Mittelalters:

> Spero iniungoque tuae caritati propter apicem personae meae, ut fratrem nostrum illum pulsare debeas propter auri solidi numero tot, quos nos ei praestitimus, unde [103]
> et placitum[2] ipsius apud nos tenemus, ut solidos ipsos iuxta placiti sui tenorem perpetua intentione recipere debeas. Quod si contempserit et saepe dictos solidos vobis restituere distulerit, eum in praesentia iudicis compellere facias et secundum legis tramitem *vobis* per iudicis imperium seu iudicium satisfacere debeat. Quicquid egeris..[3]

Von den Prozessvertretungsmandaten dieser und anderer Formelsammlungen unterscheidet sich die vorliegende Formel durch den Mangel der Worte ad vicem personae meae, welche sonst dem Klagauftrage beigefügt werden[4]. Auch auf das typisch hervorgehobene vobis im Schlusssatze ist Gewicht zu legen, insofern dadurch die Geltendmachung der Cautio im Namen des Darlehensgebers ausgeschlossen sein dürfte. Die Einrede eines unerlaubten patrocinium ist dem Präsentanten der Cautio gegenüber unzulässig, nicht weil der Schuldner darauf in der Cautio verzichtet hat, sondern weil jener die Cautio nicht als Vertreter, sondern als Rechtsnachfolger des Darlehensgebers geltend macht. Als Inhaberklausel — das Wort im obengedachten weiteren Sinne genommen — ist die Vollmacht, welche den Gläubiger zur Tradition der Cautio befugt, selbstverständlich nicht zu betrachten.

---

[1] Vgl. über die Willebriefe Platner, Zur Lehre von den Inhaberpapieren im Archiv für civilistische Praxis XLII 136 ff. Die Darstellung Platners dürfte in einzelnen Punkten einer Nachprüfung unterzogen werden müssen.

[2] Die cautio mit der Traditionsbewilligung nach Formel 38.

[3] Ratum me in omnibus esse policeor, wie aus form. nr. 41 zu ergänzen sein dürfte.

[4] Form. Wisigoth. nr. 41. 43, form. Andegav. 48, Roz. 395; 51, Roz. 396. [Zeumer vermutet, dass in nr. 42 statt apicem ad vicem zu lesen und die Wortstellung korrumpiert sei, was grosse Wahrscheinlichkeit für sich hat. Damit wird die im Texte gegebene Erklärung allerdings sehr zweifelhaft.]

[Order- und] Inhaberklauseln in den Urkunden.

Urkunden aus fränkischer Zeit, welche die den Kautionsformeln eigentümliche Exaktionsklausel oder eine sonstige Inhaberklausel enthielten, waren bisher unbekannt[1]. Der Versuch, nichts-
[104] destoweniger solche Urkunden aufzufinden, wurde mit geringen Erwartungen unternommen und schien anfänglich nur dürftige Ergebnisse zu liefern. Allein als ich italienische Urkundenbücher durchblätterte, die bislang für Zwecke der Privatrechtsgeschichte wenig benutzt worden sind, als ich insbesondere die kürzlich erschienenen drei ersten Bände des Codex diplomaticus Cavensis vor mir liegen hatte[2], strömte das gesuchte Material in so ungeahnter Fülle zu, dass die übersichtliche Verwertung und Gruppierung desselben nicht geringe Schwierigkeiten verursachte. Wenn ich bedenke, mit welcher Sorgfalt und in welchem Umfang die geschichtlichen Untersuchungen über das Inhaberpapier einschlägige Urkunden aus dem dreizehnten, vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert zusammengetragen haben, so erscheint es mir nicht als unbescheiden, Urkunden aus dem achten, neunten und zehnten Jahr-

---

[1] [Diese Bemerkung der ersten Auflage ist durch den Hinweis auf Pertile, Storia del diritto italiano IV 440, Anm. 13 zu berichtigen, wo bereits einzelne Beispiele von langobardischen Urkunden mit jenen Klauseln angeführt werden.]

[2] Die Ausbeute aus dem Codex diplomaticus Cavensis (1873—1876) würde vermutlich eine noch grössere sein, wenn die Herausgeber die Urkunden durchweg vollständig mitgeteilt hätten. Die Inhaberklausel findet sich nämlich besonders oft in den Strafgedingen am Schluss der Urkunden. Allein die Herausgeber befolgten etwa von der Mitte des zweiten Bandes ab — sei es nun wegen übel angewendeter Sucht, Raum zu ersparen, oder weil sie nicht genügendes Verständnis hatten für Sätze, in welchen sich weder ein Name noch ein Datum findet — den höchst ärgerlichen Usus, die Pönalstipulationen wegzulassen und durch die Worte: Sequitur formula consueta, oder eine ähnliche Redensart zu ersetzen. — Die Urkunden des Fürstentums Salerno zählen zu den interessantesten und ergiebigsten Fundquellen der langobardischen Rechtsgeschichte. Die ersten drei Bände des Codex Cavensis veröffentlichen die Cavenser Urkunden bis zum Jahre 1000. Dazu kommen die Salernitaner Urkunden bei De Blasio, Series principum, qui Langobardorum aetate Salerni imperarunt. Neapoli 1785. Einzelne Stücke aus De Blasio hat Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Bd. IV, abgedruckt. Ueber den Quellenwert der Salernitaner Urkunden Ficker a. O. III, 2, S. 376.

hundert, die denselben Gegenstand betreffen, ohne allzu ängstliche Auswahl und in einiger Vollständigkeit mitzuteilen.

Die überlieferten Urkunden der fränkischen Zeit und der unmittelbar folgenden Jahrhunderte enthalten die Inhaberklausel in mannigfaltigen Formen. Diese lassen sich etwa in folgende Hauptgruppen bringen. [105]

a) Tibi aut cui dederis ad exigendum oder tibi aut cui cautum in manum emiseris oder cui cartam dederis.

b) Tibi aut cui hoc scriptum vice tua oder pro parte tua in manu paruerit.

c) Tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit.

d) Ad hominem, apud quem hoc scriptum in manu paruerit.

Die Formen sub a) und b) sind beschränkte oder qualifizierte Inhaberklauseln, insoferne dem Wortlaute nach nicht jede, sondern nur eine qualifizierte Innehabung massgebend ist. Bei der Exaktionsklausel und bei den sub a) daneben angeführten Formen [die ich unter dem Ausdruck Begebungsklauseln zusammenfasse], wird die Innehabung durch eine Order des benannten Gläubigers qualifiziert. Die Form sub b) kennzeichnet sich durch ein Stellvertretungsverhältnis. Der stellvertretende Inhaber soll fordern dürfen. Man kann sie in Kürze als Stellvertretungsklausel bezeichnen. Die Klauseln c) und d) sprechen nur von Innehabung schlechtweg, sie sind beide unbeschränkte Inhaberklauseln, unterscheiden sich aber von einander dadurch, dass der Inhaber in c) alternativ neben dem benannten Gläubiger, in d) dagegen ausschliesslich genannt ist. Darum möge c) die alternative, d) die reine oder absolute Inhaberklausel heissen.

a) Die Exaktionsklausel [und die Begebungsklauseln].

Die älteste urkundliche Anwendung der Exaktionsklausel findet sich nicht in Schuldbriefen, [sondern in den Strafklauseln von Urkunden, welche Verfügungen von Todes wegen zu Gunsten von Frauen enthalten. In italienischen Urkunden von 760 und von 764 bestimmen die Erblasser, dass nach ihrem Tode den Niessbrauch ihrer Güter eine genannte Frauensperson haben solle. Vermutlich um der Nutzniesserin die Behauptung und Geltendmachung ihres Rechtes ohne Zuziehung des an sich dazu berufenen Geschlechtsvormundes zu ermöglichen, droht die Strafklausel die poena dupli an,

si quis de heredibus vel consortes meos contra suprascripta S. vel contra illo homine, cui ipsa hanc pagina ad exigendo dederit, . . . de suprascriptis res causare aut subtragere vel intentionare praesumpserit [1]].

In einer höchst seltsamen Urkunde von 771 verwendet der Aussteller die Exaktionsklausel, um Vollmacht zur Einklagung von Busse und Wergeld zu erteilen, falls solche an seiner Person verwirkt werden würden.

Manifestum est mihi Valeriano presbitero, qui et Roduli
[106] vocor, rectori ecclesie beati Santi Salvatoris . . quia propter hanc cartulam offero Deo et tibi, ecclesiae S. Martini, ubi est domus episcoporum, cartulam illam, quam mihi fecerunt et confirmaverunt in iam dicta ecclesia, id est Ansuartus et Ermifridi et Ermualdus seu et Asprandus et Ermerisci et Ermulaus, una cum suprascripta eccles. quomodo ab eis ego confirmatus sum et cum omnibus rebus ad eam pertenentem in integrum. Simul et si mihi aliquis homo violentia quamcumque fecerit sive me occiserit, volo ut pontifex, qui ibi tunc fuerit ordinatus, potestatem abeat quaerendi ipsam violentiam meam sive occisionem per se aut *per illum hominem, cui ipse hanc cartulam dederit ad exigendum.* Qualiter superius offerui, ita omni in tempore stabile permaneat . . . Troya, Codice diplomatico Longobardo IV, 5, p. 616, nr. 944.

Die Urkunde enthält zunächst eine oblatio bonorum, wie sie in jener Zeit häufig vorkam[2]. Hier ist es ein Geistlicher, der seine ihm eigentümlich zustehende Kirche samt der Erwerbsurkunde dem Bistum von Lucca offeriert. Mit der oblatio bonorum ist sonst sehr häufig eine oblatio personae verbunden[3]. Eine solche liegt zwar hier wenigstens dem Wortlaute nach nicht vor, wohl aber die Begebung in ein dauerndes Schutzverhältnis, welches seinen prägnantesten Ausdruck darin findet, dass das Bistum die Sühne

[1] [Troya, Codice diplomatico Longobardo nr. 742 v. J. 760. In Troya nr. 809 v. J. 764 lautet die Klausel: Contra illum hominem, cui hanc cartulam ab ipsa Rattruda ad esigendo data fuerit.]

[2] Vgl. etwa Codex Cavensis I 122, nr. 96, a. 882.

[3] Cod. Cav. I 165, nr. 129, a. 912 und öfter.

für Verletzung oder Tötung des Schutzbefohlenen [1] begehren darf [2]. Das Eigentümliche der erteilten Vollmacht besteht aber darin, dass [107] das Klagrecht der jeweilige Bischof haben soll oder derjenige, dem er die vorliegende Vollmachtsurkunde zum Zwecke der Einklagung übergibt.

In die Reihe der Schuldbriefe führt uns eine bekannte langobardische Urkunde [3] von 796 zurück, betreffend ein zinsbares Darlehen von 90 Silberdenaren. Für den Verzugsfall räumt der Schuldner dem Gläubiger das Recht ein, ihn persönlich oder durch seinen missus zu pfänden. Sollten sich nicht genügende Pfandobjekte finden, so soll der Gläubiger des Schuldners Besitzungen bis zum Werte des Schuldbetrages in Besitz nehmen dürfen und sollen ihm diese verfallen sein, wenn sie der Schuldner nicht binnen dreissig Tagen einlöst.

> Et si antequam presens cautio persolveremus, de suprascriptis territoriis per qualecumque ingenio alienare presumseremus non redroavilem [4], nisi tanto quanto tunc presens cautio persolta fiaeri possat, pro extrumento vinditionis in vestra creditori deveniat potestatem faciendi quod voluaeretes *vel cui ad exegendum dederetes.*

Der Schuldner hat seine Besitzungen nur generell verpfändet, so dass der Gläubiger gegen Veräusserungen desselben an sich nicht geschützt wäre [5]. Darum soll der Erfolg der nominative

---

[1] In ähnlicher Weise nimmt der König als Schutzherr das Wergeld des zu vollem Rechte freigelassenen Mannes.

[2] An Bestellung eines Prozessvertreters ad hoc ist dabei nicht zu denken. Das langobardische Recht erlaubt sie nicht. Hier handelt es sich allerdings um einen Kleriker, für den die Regel gegolten haben mag: ecclesia vivit lege Romana. Allein ein Prozessvertreter zur Einklagung des Wergelds des Vertretenen wäre ja ein Unding. Dauernde Vertretungsverhältnisse sind zugleich Schutzverhältnisse und erscheinen nicht unter dem Gesichtspunkte des Mandats, sondern der Standesvormundschaft, wenn sie von Personen eingegangen werden, die nicht von Rechts wegen einen Vormund haben müssen. Ein Mundium auf den Inhaber unten sub 3) Die alternative Inhaberklausel.

[3] Codex diplomaticus Langobardiae col. 128, nr. 69. Ausserdem bei Fumagalli, Cod. dipl. S. Ambros. 1805, S. 96, nr. 23. Vgl. über diese Urkunde Wach, der italienische Arrestprozess 1868, S. 18.

[4] So dass er das Geschäft nicht selbst beliebig rückgängig machen kann, wie es in anderer Urkunde einmal heisst: sic ut de (eius) potestate esset substractum (Cod. Cav. II 76, a. 992).

[5] Liutprand 67.

[108] erfolgten (speziellen) Verpfändung auf einem Umwege erreicht werden. Wenn der Schuldner von seinen Besitzungen soviel veräussert, dass der Rest die Cautio nicht mehr deckt, so soll die Cautio als Verkaufsurkunde gelten. Der Gläubiger ist dann in derselben Situation, als wäre ihm das Grundstück unter dem Datum der Cautio verkauft worden, und hat das Recht, die veräusserten Objekte Dritten gegenüber mit Hilfe der in eine carta vinditionis umgewandelten cautio in Anspruch zu nehmen [1]. Dieses Recht soll nicht bloss der Gläubiger, sondern auch der von ihm bestellte Briefinhaber besitzen.

Die Exaktionsklausel erscheint in etwas modifizierter Fassung in einem langobardischen Schuld- und Pfandbrief vom Jahre 819 [2], in welchem gewisse Befugnisse dem Gläubiger zugesichert werden oder demjenigen, der die Urkunde von Todes wegen als Treuhänder von ihm erhalten hat und sie vor Gericht präsentiert.

> Constat me Magno avitator prope Piscia minore . . praesenti die suscepi a te Defensor clerico vicedomino germano meo argentum mutuum quatraginta quinque solidos . . . Et pro suprascriptos solidos oppono tibi in affeduciato res mea illa, quam abeo in loco Orticaria . . . In eo tenore inter nos convenit, ut, usque dum ego vel meis heredibus suprascriptos solidos apput nos abuerimus, tu aut ille homo, *cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis et ea nobis in iudicio ostiderit* . . (predicta terra in affeducia)to abere et possidere et lavorare seu fruere debeatis vobis privato ordine, et quando vobis utilitas fuerit suprascriptos
> [109] solid. requirendum, vos nos antea dies triginta . . (pulsa)re debeatis. Unde repromitto ego una cum meis heredibus tibi Defensor . . *aut ad illum homine, cui tu hanc pagina pro anima tua ad exigendum et dispensandum dederis et eam nobis in iuditio ostiderit* . . (ut si nos vobis) paratos non abuerimus predictos XLV solidos . . infra XXX dies post ipsa vestra pulsatione vobis ad

[1] Das juristische Verständnis dieses und ähnlicher Geschäfte liefert die symbolische investitura per cartulam, von welcher noch unten die Rede sein wird. Vgl. oben S. 539 ff.

[2] Memorie di Lucca V, 2, p. 254, nr. 424.

redendum et persolvendum ut (et) si suprascriptas res, quas tibi adfeduciavi, vobis intentionaverimus aut subtragi (quesierimus) . . usque dum prefatos solidosapput nos abuerimus, tunc vobis abeatis predictas res in transacto, tamquam si vobis eam per cartulam venundata abuissemus. Auf Anfechtung nach eingetretenem Verfall des Pfandstücks wird die poena dupli gesetzt. Den Schluss bildet die Bestimmung über Rückgabe des Schuldbriefs, welche schon oben Seite 529 verwertet worden ist.

Das Pfandrecht, welches Magno für das Darlehen von 45 Solidi einräumt, ist ältere nutzbare Satzung, affiduciatum. Der Gläubiger oder der bestellte Dispensator soll das Gut nutzen. Im Fall des Verzugs — das Darlehen ist auf dreissig Tage kündbar — und im Falle der Anfechtung des eingeräumten Satzungsrechtes soll das versetzte Grundstück verfallen sein, als wenn es per cartulam vinditionis verkauft worden wäre [1]. Satzungsrecht und Anfallsrecht soll jedoch nicht bloss der Gläubiger haben, sondern auch der Treuhänder, Executor, dispensator oder erogator. Der Dispensator ist aber noch nicht bestellt und kann also nicht mit Namen genannt werden. Es wird daher derjenige für eventuell berechtigt [110]
erklärt, dem der Gläubiger den Schuldbrief ad exigendum et dispensandum übergibt. Die Rechte des Tradenten geltend zu machen und dessen Vermögen zum Seelenheile zu verwenden ist die Aufgabe des Dispensators. Aber noch eine andre Voraussetzung soll zu der dieses Zweckes halber erfolgten Uebergabe des Papiers hinzutreten. Der Inhaber soll es dem Schuldner in iudicio ostendere, eine Klausel, welche wohl dahin zu verstehen ist, dass die auf Verzug und Vertragsbruch gesetzten Folgen erst nach vergeblicher gerichtlicher Präsentation des Papiers eintreten sollen [2].

---

[1] Im vorliegenden Falle kam das Pfandobjekt in der That als verfallenes Pfand in die Hände des Dispensators. Denn in einer Urkunde von 824, Memorie di Lucca V, 2, p. 278, nr. 464 lässt sich Bischof Petrus von Lucca als Dispensator des verstorbenen Pfandgläubigers von Magno den Besitz des Grundstücks per promissionem refutationis (vgl. Cartul. Langob. nr. 5) bekräftigen und für den Anfechtungsfall die poena dupli versprechen.

[2] Aehnliche Bestimmungen finden sich öfter. Cod. Cavensis I 83, nr. 64, a. 868: et ubi illorum (illis, den Erben) scriptum iste per duobus aut tribus vicem *ante iudicem puplicum ostensum* et relectum fuerit et in antea inde per-

Genügt die gerichtliche Präsentation des Schuldbriefes oder ist daneben noch der Beweis notwendig, dass der Schuldbrief dem Präsentanten als bestelltem Dispensator übergeben wurde? Die Bestellung des Dispensators erfolgte regelmässig durch Ausstellung einer carta iudicati (oder carta ordinationis). Werden mehrere Dispensatoren bestellt, so soll wohl auch einer allein Dispositionsgewalt haben, und zwar derjenige, welcher im Besitze der carta iudicati ist[1]. Muss nun im vorliegenden Falle neben dem Schuld-
[111] brief auch die carta iudicati präsentiert werden oder sonstiger Beweis der Dispensationsvollmacht geliefert werden? Die Frage ist zu bejahen unter der Voraussetzung, dass die zu dem gedachten Zwecke erfolgte Uebergabe des Schuldbriefs vom Schuldner bestritten wurde. Aehnlich wie hier dürfte aber die Sache bei allen Schuldbriefen liegen, welche die Exaktionsklausel enthalten. Dass die westgotische Cautio in einem schriftlichen iniunctum, einer Art von Willebrief, ihre Ergänzung fand, ist schon oben hervorgehoben worden[2].

Die Klausel: aut cui tu isto cautum in manum emiseris, wird durch zwei salernitanische Schuldbriefe vom Jahre 882 belegt.

Codex Cavensis I 117, nr. 91. Der Aussteller der Urkunde bekennt, ein Darlehen von fünf Solidi auf fünf Jahre erhalten zu haben, gibt wadia und Bürgschaft und setzt ein Grundstück als Pfand, das der Gläubiger nutzen soll. Tantum ad ipsi quinque anni completi, ubi ego bel meos heredes bobis *bel cui tu isto cautu in manum emiseritis* reddederimus solidos quatuor, quali in die illi meliori andaberit, ipsa res redeat in nostra bel de no-

---

severaverit causandum, centum .. solidos sit culpabilis .. — Cod. Cav. I 248, nr. 192, a. 956: .. post hanc *cartulam ostensam et relecta publice* fuerit et inantea perseveraverimus ... causandum .. quinquaginta sol. etc. Cod. Cav. I 32, nr. 27, a. 847: nisi si post scriptum isto nobis aut ad nostris heredibus *ostensum fuerit* et post eam exinde bobis causationem mittere presumserimus, biginti solidos nos bobis cumponamus et taceamus.

[1] Mem. di Lucca IV, 2, Append. p. 128, nr. 98, a. 1114: dedit nobis potestatem tam nos toti insimul quam et duo de uni ex nobis qui predicti iudicati cartola pre manibus haberemus ... Proinde ego Albertus not. qui predicti cartolam pre manibus habebam, per hanc cartolam vendo ... [Siehe noch Pertile IV 439, Anm. 11.]

[2] Bezweifeln möchte ich dagegen, dass form. Andegav. 48, Roz. 395, in welcher nichts von einer cautio erwähnt ist, in ähnlicher Weise aufzufassen sei.

stros heredes in potestatem et uno de ipsi quinque solidi sit disrupti[1].

Codex Cavensis I 121, nr. 95. Derselbe Schuldner nimmt von demselben Gläubiger ein Darlehen von sechs Solidi für fünf Jahre auf, gibt wadia und setzt sich selbst zum Bürgen[2]. Bis zur Rückgabe verspricht er dem Gläubiger wöchentlich eine Fronde zu leisten (facere [112] opera una, ubi tibi necessum fuerit). Quando nos fuerimus parati ad ipso pretium bobis reddendum aut *cui tu isto cautum in manu miseritis* — quod non da alio hominem ipso in prestitum tollamus nisi de nostro propio ipso pretium abeamus[3] — et ipso bobis reddederimus, iste cautum sit disrupto.

Die Inhaberklausel hat in diesen zwei Urkunden eine eigentümliche Stellung. Während der Schuldbrief sie sonst regelmässig im Strafgedinge enthält, steht sie hier in der Voraussetzung, unter welcher das Pfand als eingelöst, der Schuldner als befreit gelten solle. Mittelbar ist damit auch die Verpflichtung ausgesprochen, dem Inhaber zu zahlen. Hatte der Schuldner ein hervorragendes Interesse an der Einlösung des Pfandes, an der Einstellung der Fronde, so fiel eben begreiflicherweise das Hauptgewicht auf das Recht und nicht auf die Pflicht des Schuldners, dem bestellten Briefinhaber zu zahlen[4].

Die erörterten Klauseln stimmen darin überein, dass der Gläubiger oder derjenige Briefinhaber soll fordern dürfen, welchen der Gläubiger durch Begebung des Briefes dazu bestimmt. Als legitimierter Briefinhaber ist ein Inhaber auf Grund einer Order zu verstehen, welche der Gläubiger erteilt hat. Durch Zahlung an den namentlich genannten Gläubiger wird der Schuldner sonder

[1] Von den dargeliehenen fünf Solidi sollen — wohl mit Rücksicht auf die Nutzungen des Pfandes — nur vier zurückgezahlt werden.

[2] Unde wadia tibi dedit (dedi) et ipse mihi mediator exibi eo tinore, ut benientes nos . . . reddamus bobis ipsi sex solidi.

[3] Der Schuldner verspricht die Schuldsumme nicht von einem anderen zu borgen, sondern aus seinem Aktivvermögen zu zahlen.

[4] [In Mittarelli, Annales Camaldul. II, col. 23, nr. 10 v. J. 1029 verpflichtet sich der Verkäufer, für den Fall der Anfechtung die Vertragsstrafe zu zahlen: tibi vel ad tuis heredibus aut talem homini, cui vos predicta mea venditione (die Veräusserungsurkunde) dederitis vel habere decreveritis. In Muratori SS. Ib 508 v. J. 1128 die Klausel: cui ista cartula in manu possuerit.]

Zweifel befreit ohne Rücksicht darauf, ob jener das Papier einem Dritten begeben habe oder nicht. Den Beweis dieser Behauptung liefert die oben [1] festgestellte Thatsache, dass auch über Kautionen mit der Exaktionsklausel der namentlich genannte Gläubiger einen Todbrief, eine epistola evacuatoria, ausstellt. Die Urkunde mit der Exaktionsklausel ist als ältester Keim des Orderpapiers aufzu-
[113] fassen. Man kann es geradezu als das Orderpapier des ältesten Rechtes bezeichnen.

[Auf deutscher Erde begegnet uns die Klausel: cui hanc cartam dederis, oder eine nahe verwandte Begebungsklausel seit der ersten Hälfte des neunten Jahrhunderts bei den Landschenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs, um die Einräumung eines dinglichen Niessbrauchs- und Rückkaufsrechtes zu vermitteln. Bekanntlich kam es häufig vor, dass man sein Gut einer Kirche zum Eigentum übertrug, indem man sich oder auch dritten Personen den Niessbrauch und wohl auch das Recht des Rückkaufs vorbehielt. Mitunter bedang sich der Schenker aus, dass Niessbrauchs- oder Rückkaufsrecht oder beides demjenigen zustehen solle, dem er die Prekarienurkunde übergeben werde. Ueber die Schenkung mit Vorbehalt des Niessbrauchs wurden nämlich regelmässig zwei Urkunden ausgestellt, die eine (carta traditionis, traditio) vom Schenker, der darin erklärte, sein Gut der Kirche übereignet und es als geliehenes Gut von ihr zurückempfangen zu haben, die andre (precaria) vom Beschenkten, der darin die Rückleihe des geschenkten Gutes verbriefte. Soweit uns beide Urkunden über dasselbe Rechtsgeschäft überliefert sind, stimmen sie in ihrem Wortlaute, abgesehen von dem veränderten Subjekte, fast wörtlich überein [2].

In einer alamannischen Traditionsurkunde v. J. 838, Wartmann nr. 370, I 344 [3] tradiert eine gewisse Swanihilt ein Gut an Sankt Gallen, indem sie sich und ihrem Manne für Lebenszeit den Nutzgenuss gegen einen Zins von zwei Denaren vorbehält. Nach beider Tod soll dessen Sohn und seine erste Nachkommenschaft das Gut nutzen mit der Befugnis, es um einen halben

[1] Siehe oben S. 539.

[2] [Hübner, Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Niessbrauchs 1888 in Gierkes Untersuchungen XXVI.

[3] Diese und die folgenden Urkunden hat bereits Hübner a. O. S. 130. 137 angeführt.

Solidus zurückzukaufen; si autem ille (der Sohn) et filii sui non redimerint, tunc redimet ipse, *cui ego ipsa cum manu mea prekariam huius traditionis donaverimus*, cum VI denariis ad predictam ecclesiam perpetualiter possidere. Die Schenkerin bedingt sich aus, dass derjenige, dem sie die Prekarienurkunde übergeben haben wird, den Niessbrauch des Gutes gegen einen Zins von sechs Denaren und das Rückkaufsrecht haben solle.

In Wartmann nr. 746, II 349, v. J. 905 sagt der Schenker: trado . . . ea ratione, ut ego easdem res . . . tempus vitae meae possideam sub censu unius denarii; si autem redimere voluero, licentiam cum uno denario redimendi habeam; *cuicumque autem hanc cartam trado*, ad eundem locum similem censum persolvat et eadem redemptione concessa.

In den der carta traditionis entsprechenden Prekarienurkunden, die uns nicht überliefert sind, haben wir mit Aenderung des Subjektes die Klauseln: cui cum manu tua hanc precariam donaveris, cuicumque hanc cartam tradideris, vorauszusetzen [1].

Wenn ferner alamannische Schenkungsurkunden Klauseln enthalten, wie die folgenden:

897. Wartmann II 710: post obitum vero meum ille, cui precariam commendo . . easdem res tempus vitae suae possideat,

905. Wartmann II 746: cuicumque autem hanc cartam trado, ad eundem locum similem censum persolvat,

909. Wartmann II 759: quibus autem ego precariam dabo, de eisdem rebus censum . . . ad predictum locum persolvant,

so müssen die von der beschenkten Kirche ausgestellten Prekarien die Klauseln: cui precariam commendaveris, cui hanc cartam tradideris, quibus precariam dabis, enthalten haben.]

---

[1] In Wartmann II 723 v. J. 902: et cuicumque ipse precariam dederit, cum uno solido redimendi licentiam habeat, ist die Klausel (für beide Urkunden gleichlautend) auf die dritte Person gestellt. Siehe noch Wartmann II 746 v. J. 905.]

b) Die Stellvertretungsklausel.

Die italienischen Urkunden, in welchen die Stellvertretungsklausel erscheint, enthalten sie — soweit ich das Material übersehe — ausschliesslich im Strafgedinge. Dieses ist aber bekanntlich nicht auf Schuld- und Pfandverträge beschränkt. Wie die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte durch ein Strafgedinge geschützt werden können, so können Urkunden des verschiedenartigsten Inhalts in die Pönalstipulation die Stellvertretungsklausel aufnehmen. Aber gerade in den Schuld- und Pfandurkunden habe ich kein Beispiel ihrer Anwendung gefunden, eine Thatsache, die sich — wenn sie nicht durch mir unbekannte Urkunden umgestossen werden sollte — vielleicht dadurch erklären lässt, dass man bei Schuldbriefen lieber zu einer, weiteren Spielraum gewährenden und die Rechtsübertragung gestattenden Klausel griff.

Als Urkunden mit der Stellvertretungsklausel habe ich folgende zu verzeichnen:

821. Der Diakon Arnald und ein gewisser Adelmar schliessen einen gerichtlichen Vergleich. Letzterer tradiert dem ersteren ein Grundstück mit der Verabredung, dass nach dem Tode Arnalds die Hälfte desselben an Adelmar zurückfallen solle. Im Fall des Vertragsbruchs verspricht Adelmar dem Arnald eine Geldstrafe zu zahlen: Unde guadia nobis dedit ipso prenominato Adelmari[1] et mediatorem[2] nobis posuit Petrus[3], filius Romaldi, et obligavit se nobis *vel cui istum breve in manu paruerit in vice nostra* ille nominato Adelmari et suos heredes, ut si taliter nobis quomodo
[114] superius diximus per hordine adimplere noluerit et aliqua intentione nobiscum excitare voluerit . . . obligavit se nobis vel suos heredes componere centum et quinquaginta aurei solidi[4]. Codex Cavensis I 12, nr. 11.

---

[1] Adelmari ist Subjekt.

[2] Fideiussorem.

[3] Petrum.

[4] Die Urkunde fährt fort: et ipsa iamdicta combenientia omni tempore firma et stabile permaneat in eadem guadia et per districtum ipsum mediatorem, qui tribuit nobis ad pignerandum omnia sua pignera, tandiu donec per inbitis adimpleat nobis omnia, quod superius diximus.

963. Guido, Sohn des Urso, überträgt dem Kloster S. Archangeli ein Grundstück mit dem Vorbehalt, dass er und seine Erben es gegen die üblichen Dienste nutzen sollen. Die Oblation wird durch folgende Strafsanktion gesichert. Si . . quicquam remobere vel contrare vel retroare quesierimus . . *per combenientiam* obligo me ego Guido et meis eredibus ad componendum tibi predictus abbas tuosque posteriores et in parte iamdicti monasterii *vel cui scriptum istum pro vice de iamdicta ecclesia in manu paruerit* triginta solidos[1]. Codex Cavensis II 13, nr. 221.

964. Johannes magister und Frau schenken pro salute anime einem Knechte Namens Johannes ex genere Francorum auf ihren Todesfall die Freiheit. Ihre Erben sollen, wenn sie dieser Verfügung zuwider handeln, 20 Solidi zahlen. Et per anc cartulam obligamus heredes nostras, ut si te Johannes in serbitium subdere aut replicare quesierint . . biginti auri solidos . . componere obligabimus heredes nostras tibi nominati Johanni *vel cui anc cartulam vice vestra in manu paruerit*[2]. Codex Cavensis II 17, nr. 225.

966. Der Bischof von Salerno leiht einer gewissen Lintu, [115]
vertreten durch Sergius aus Amalfi, die Hälfte einer Kirche und der dazu gehörigen Grundstücke gegen einen jährlichen Zins und verspricht ihr Gewährschaft zu leisten. Quodsi taliter, ut superius legitur, ipsius Lintu et cui per ea datum paruerit non adimpleberimus, tunc hobligo me meosque successores et pars predicti episcopii componere ipsius Lintu *vel cui vice eius scriptum iste in manum paruerit* quinquaginta auri solidos constantinos[3]. Codex Cavensis II 37, nr. 242.

---

[1] Die Urkunde fährt fort: et quod supra legitur in predicto hordine firme et stabile permaneat.

[2] Die Urkunde fährt fort: et sicut dictum est, omni tempore liberum et absolutum permaneatis et vestrum conquisitum firmiter abere et possidere valeatis.

[3] Die Urkunde fährt fort: unde de omnia et in omnibus, ut supradictum est . . . adimplendum, guadia dare fecimus ipsum Sichelmus et predictum advocatorem ipsius Sergi et mediator(em) posuerunt Petrus (Petrum) diaconus

971. Petrus nimmt von dem Priester Maraldus ein Grundstück in Pacht und verspricht ihm jährlich einen Geldzins und das terraticum zu zahlen. Quodsi taliter, ut superius legitur, nobis non adimpleberit, tunc per ipsa *guadia* hobligabit[1] se componere nobis (dem Maraldus) vel *cui brebem iste vice mea in manum paruerit* decem auri solidos. Codex Cavensis II 66, nr. 264.

975. Mari und Amatus leihen dem Sassu, einem liber homo ex genere Francorum, ein Grundstück auf elf Jahre, nach deren Ablauf es zwischen ihnen und dem Sassu zur Hälfte geteilt werden soll. Die Pflicht der Gewährschaft und ihre sonstigen Verpflichtungen bekräftigen sie durch folgende Pönalstipulation. Quodsi
[116] taliter omnia, ut superius legitur, nobis (dem Sassu) non adimpleverint et aliquit inde contradixerint, tunc per ipsa *guadia* hobligaverunt se suosque filios et heredes componere michi vel ad meis heredibus *aut cui brebem iste vice nostra in manum paruerit,* quinquaginta auri solidos[2]. Codex Cavensis II 94, nr. 287.

982. Der Abt von S. Maximo leiht einem gewissen Guinardus ein Grundstück auf zehn Jahre. Quodsi taliter omnia, ut superius legitur, ipse domnus abbas et pars ipsius ecclesie nobis nostrisque heredibus non adimpleverit et aliquit exinde contradixerit, tunc per ipsa *guadia* obligavit se suosque successores et pars ecclesie componere nobis nostrisque heredibus aut *cui brebem iste bice nostra in manum paruerit* XXX auri solidos constantinos. Codex Cavensis II 169, nr. 341. Die vorliegende Urkunde hat mit den drei vorausgehenden gemein, dass es sich um Leihe von Zinsgütern handelt. In der Urkunde von 971 ist es der Beliehene, in den übrigen der Verleiher, welcher in der die In-

---

filius quondam Potoni. Der Bischof lässt die wadia dem Sergius durch seinen Diakon Sichelmus und durch seinen Vogt übergeben und den Diakon Petrus als Bürgen stellen.

[1] Ich brauche hier wohl nicht erst zu beweisen, dass das Latein der Salernitaner Urkunden in vielen Fällen b statt v setzt und umgekehrt.

[2] Die Urkunde fährt fort: et omnia suprascripta per inbitis nobis conplirent.

haberklausel enthaltenden Formel eine Konventionalstrafe verspricht. Wir haben es in den letztgedachten Fällen mit den Urkunden zu thun, welche der Beliehene erhielt. Daneben wurde von dem Beliehenen dem Verleiher eine Urkunde ausgestellt, in welcher die korrespondierende Pönalstipulation des ersteren ihren Platz fand [1].

986. Die Priester Sabas und Cosmas, qui fuerunt natibi ex genere Grecorum, lassen sich von Jaquintus und dessen Neffen gegen Uebernahme verschiedenartiger Verpflichtungen eine Kirche samt Zubehör übertragen. [117]
Unde in eo ordine guadia nobis dederunt (die griechischen Priester) et mediatores nobis posuerunt se ipsis; et per eamdem guadia obligaberunt se, ut si aliquit, de quomodo superius legitur, quesieri(n)t remobere aut contrare et talia nobis non adimpleberi(n)t, tunc per ipsa *guadia* componere obligaberunt se nobis nostrisque heredibus *vel cui unc brebem vice nostra in manu paruerit* viginti auri solidos costantinos et omnia suprascripta nobis adimplerent. Codex Cavensis II 233, nr. 382.

993. Gagelpoto übergibt seinen Knaben Sando dem Bisanteus auf neun Jahre. Die ersten drei Jahre soll dieser ihn halten wie seinen Sohn. In den folgenden sechs Jahren soll er ihn als Ziegen- und Schweinehirten verwenden. Der Vater verspricht, den Sohn in dieser Zeit nicht abzurufen, und verpflichtet sich zur Gewährschaft: Quod si ec omnia, quomodo superius legitur, michi (dem Bisanteus) *vel cui iste brebe pro parte mea in manu paruerit* non adinpleberit, decem solidos constantinos nobis conponere obligabit (Gagelpoto) et per invitis illos nobis adinplere per eadem guadia et se ipso mediatore. Codex Cavensis III 1, nr. 459.

Die Stellung der Vertretungsklausel ist in dieser Urkunde insofern eine aparte, als sie im Bedingungssatze und nicht im Hauptsatze der Pönalstipulation steht.

---

[1] Der Urkunde Cod. Cav. II 169 nr. 341 entspricht in dieser Weise die Urk. Codex Cav. I 168, nr. 340, a. 982. In der letzteren verspricht Guinardus im Fall der Vertragsverletzung mittels wadia „ad pars ipsius ecclesiae“ 30 solidi zu zahlen, ohne dass des Briefinhabers erwähnt wird.

1016. Guaiferius gibt dem Alfanus und Johannes ein Grundstück gegen Uebernahme bestimmter Verpflichtungen in Pacht. Unde . . guadiam nobis (dem Guaiferius) ipsi predicti contrahentes dederunt et mediatorem nobis posuerunt Mirando . . et per ipsa iam dicta guadia obligaverunt se ipsi contrahentes et illorum eredibus, ut si de omnia suprascripta non adimpleberint et aliquit exinde contradixerint, per ipsa guadia componere obli-
[118] gaverunt se ipsi contrahentes et illorum eredibus ad componendum mihi meique eredibus *vel cui unc brebem vice nostre inventum paruerit* viginti auri solidos et omnia suprascripta per invitis nobis compliret. De Blasio, Series S. 89, nr. 44.

Vergleichen wir die erörterten Anwendungsfälle der Stellvertretungsklausel mit den Anwendungsfällen der Exaktionsklausel, so zeigt sich, dass diese Klauseln nicht geeignet sind, sich gegenseitig zu vertreten. In den Urkunden sub a) von 760, 764, 771 und 819 [1] würde die Formel: cui vice vestra scriptum in manu paruerit, sich schlechterdings nicht substituieren lassen, weil der Briefinhaber sein Recht von einem Verstorbenen herleitet. Auch in der Schuld- und Pfandurkunde von 796 [2] hätte die Vertretungsklausel keinen Raum, denn als derjenige, dem das Pfandobjekt verfallen sein soll, kann neben dem Gläubiger füglich nicht dessen Stellvertreter genannt werden. Ueberhaupt ist die Vertretungsklausel als zu enge nicht am Platz, wenn mit der Uebergabe der Urkunde zugleich eine Uebertragung des Rechtes soll verbunden werden können.

Andrerseits ist zu bemerken, dass in den Urkunden mit der Vertretungsklausel der Anspruch auf Konventionalstrafe nur als ein sekundärer erscheint; neben ihm besteht der Anspruch auf Fortdauer oder Wiederherstellung des in Frage gestellten oder verletzten Rechtsverhältnisses. Diese Rechtsverhältnisse sind in allen sub b) erörterten Urkunden solche, welche in der Person des Gläubigers der Strafsumme fortdauern sollen. Es handelt sich da um den Besitz von Grundstücken, welche zu Eigentum oder zur Nutzung übertragen wurden [3], um Abgaben aus Leihe- und Pacht-

---

[1] Oben Seite 559 f. und 562.

[2] Oben Seite 561.

[3] Urkunden von 821. 963. 966. 975. 982. 986.

verhältnissen [1], um die persönliche Freiheit [2], um ein persönliches Dienstverhältnis [3]. Alle diese Rechtsverhältnisse sollen einer Ver- [119]
tragsverletzung zum Trotz (per invitis) in der Person des berechtigten Kontrahenten aufrechterhalten bleiben. Die prinzipalen Ansprüche, welche daraus hervorgehen, sind kein Gegenstand eines „exigere", für sie würde die Formel: cui dederis ad exigendum, füglich nicht passen. Der dritte Inhaber des Briefes kann sie nur als Stellvertreter geltend machen. Dieselbe Behandlung muss dann aber auch der accessorische Anspruch auf die Strafsumme erfahren, weil er die Entscheidung über den Bestand und die Verletzung des prinzipalen Anspruches voraussetzt. Wenn dagegen auf Grund der Exaktionsklausel die poena dupli eingetrieben, das verwirkte Pfand eingezogen worden, erscheint damit das gesamte durch die Strafsanktion geschützte Recht als realisiert [4].

c) Die alternative Inhaberklausel.

Die alternative Inhaberklausel findet sich in den italienischen Urkunden am häufigsten, wie die folgenden Beispiele zeigen werden. Da sie auch im jüngeren Mittelalter die am öftesten erscheinende Form des unvollkommenen Inhaberpapiers bildet und da ihre rechtliche Bedeutung bisher noch am wenigsten aufgeklärt ist, so fällt notwendig der Schwerpunkt der ganzen Untersuchung in die Frage nach den rechtlichen Funktionen der alternativen Inhaberklausel.

850. Ramingo tradiert die Hälfte eines Grundstücks pro anime sue remedium dem Priester Periteo. Res vero ipsa qualiter mihi per memorata vinditionis cartula .. ex comparationem obvenit .. una cum ipsa cartula in integrum in te confirmare videor, quatenus ad presenti die pro anime mee remedium in tua qui supra Periteo presb. vel de illum homine, *qui hunc meum iudicatum*

---

[1] Urkunden von 971 und 1016.

[2] Urkunde von 964.

[3] Urkunde von 993.

[4] [Nur eine Abart der Stellvertretungsklausel ist die Klausel: aut cui brebem iste in manum paruerit (ad) causandum in Codex Cavensis IV 125, nr. 609 v. J. 1008, auf welche Salvioli, Titoli al portatore 1883, S. 84 f. aufmerksam gemacht hat.]

pre manibus abuerit ad exindum (exigendum) *et dispensandum* sint potestatem abendi, possidendi et usufructuandi . . .[1] Memorie di Lucca IV, 2, Appendice, S. 59, nr. 46. [120]

873. Martinus, der Sohn des Venerandus, verspricht dem Bischof von Lucca die Zahlung einer jährlichen, im Monat März fälligen Rente von fünf Solidi. Unde repromitto ego qui supra Martino presb. tibi qui supra Gherardus episcopus vel ad successoribus tuis *aut eidem homini, qui hunc scriptum pro manibus abuerit* et nobis eum ostenderit, ut si nos vobis suprascriptos quinque solid. . . . non dedero et non persolvero ad parte S. Martini, . . spondeo ego qui supra Martino componere tibi qui supra Gherardus episcopus vel ad successoribus tuis suprascriptos solid. de quale anno vobis menime dederimus in duplum, et hec promissio in sua permaneat firmitatem. Mem. di Lucca V, 2, S. 501, nr. 825. Die Inhaberklausel ist hier durch das Ungeschick des Schreibers an falscher Stelle angebracht worden. Statt zu beurkunden: Ich verspreche dem Bischof, dass ich ihm oder dem Briefinhaber zahlen werde, liess er den Rentenschuldner sagen: Ich verspreche dem Bischof oder dem Briefinhaber, dass ich dem Bischof zahlen werde. Dass und wie die Stelle emendiert werden muss, ist selbstverständlich.

907. Adelbert, Insasse in loco Pinocelo, verspricht dem Bischof von Lucca die Zahlung einer jährlichen, im Monat Mai fälligen Rente von zehn Solidi. Unde repromitto ego qui supra Adelberto una cum meis heredibus tibi qui supra Petrus episcopus vel ad successores tuis, ut si nos vobis suprascriptos solidos . . non dederimus et non perexolverimus sicut supra promisi, tunc spondeo ego qui supra Adelberto una cum meis heredibus
[121] comp(onere) tibi q. s. Petrus episcopus vel ad successores tuis aut *eidem homini, qui hunc scriptum pro manibus abuerit et eum nobis ostenderit,* suprascriptos solidos, de

[1] Die Strafklausel ist nur in den Anfangsworten und mit einem ec. abgedruckt.

quale constituto vobis menime dederimus, in duplum; et hunc scriptum in suprascripto ordinem in sua permaneat firmitatem. Memorie di Lucca V, 3, S. 44, nr. 1107. Abgesehen von der gerügten Umstellung der Inhaberklausel stimmt dieser Rentenbrief mit dem vorhergehenden, um 34 Jahre älteren, so sehr überein, dass man daraus auf die Benutzung eines typisch gewordenen Notariatsformulares schliessen kann.

913. Der Priester Alchis verpflichtet sich, falls er eine gewisse Kirche an einen Dritten veräussert hätte oder veräussern würde, dem Bistum von Lucca zur Zahlung einer Geldstrafe: . . tum spondeo ego Alchisi presbiter componere tibi qui supra Petrus episcopus vel ad posterisque ec. (sic!) aut ad *illum hominem, qui hunc scriptum pre manibus abuerit et eum mihi ostenderit,* ad pars suprascripti epis(copatus) vestro S. Martini penam argent. solid. sexcentis . . . Memorie di Lucca V, 3, S. 74, nr. 1148.

928. Ein Rechtsstreit, welcher zwischen den Brüdern Benedictus und Grimo einerseits, Grimpertus und Joccardus andrerseits wegen eines Grundstückes verhandelt worden war, wird durch gerichtlichen Vergleich geschlichtet. Et obligaberunt se ipsi nominati Benedictus et Grimo clerici . . ut si aliquando . . . cum ipsi nominati Grimpertus et Joccardus et cum ipsi eorum consortes causare presumserit per qualecumque ratione, tunc per ipsa guadia obligaberunt se et suis eredibus componere ipsorum Grimperti et Joccardi et eorum eredes *seu cui hunc scriptum in manum paruerit* 50 aureos solidos . . et omni tempore aput illis per inbitis taciti inde manere et isti Grimpertus et Joccardus retinunt ipsum scriptum et aliut tale aput se ipsi nominati Benedictus et Grimo clerici retinunt. Codex Cavensis I 191, [122]
nr. 148.

961. Andreas übergibt dem Cicero eine Urkunde, betreffend den Kauf von Grundstücken, welche Urkunde ihnen beiden gemeinschaftlich gehört. Cicero verspricht die Urkunde dem Andreas, falls er sie zum Prozessieren nötig haben sollte, unversehrt wiederzugeben und bis zur Beendigung des Prozesses zu belassen. Versagt er die Herausgabe

der Erwerbsurkunde, so soll vorliegende cartula ihm gezeigt und öffentlich verlesen werden. Beharrt er daraufhin bei seiner Weigerung, so soll er dem Andreas oder dem Inhaber der vorliegenden cartula 50 solidi zahlen und ausserdem die anvertraute Urkunde herausgeben müssen. Modo quidem ipsa cartula . . . cum alias moniminas qui de ipsis rebus sunt pertinentes et continentes, quod (cartula) comune abemus, recomando tibi iamdicto Ciceri. Unde *guadia michi dedit* predictus Cicero et mediatorem michi posui(t) se ipsum hoc tinore, ut qualiscumque tempore necesse nobis fuerit ad causandum ipsa cartula quod supra declarabimus . . salba aput nos remitta(t), ut non fiat capsata aut falsata, ut illam ad legem ostendere possamus et post finem factam salbe aput illis remittamus. Et si hec omnia, quomodo superius legitur, nobis nostrisque eredibus ipse quam et suis eredibus non adimpleberit, post hoc brebem *ostensum* et relectum puplice fuerint[1] et in antea perseveraverint, ideo ante omnia (moniminas nobis remittat[2]) et quinquaginta solidos constantinos nobis componére hobligavit *aut illius homini cui iste brebe in manus paruerit.* Codex Cavensis II 2, nr. 212. Das Breve, an dessen Inhaber
[123] die versprochene Strafsumme bezahlt werden soll, nachdem es vergeblich gezeigt und verlesen worden, ist das vorliegende Memoratorium, welches über die Thatsache der Urkundenübergabe und über das Versprechen, die übergebene Urkunde auf Zeit zu restituieren, abgefasst worden ist.

961. Johannes verspricht seinem Bruder Stefan, dass er seinen Erbanteil nicht veräussern werde, ohne ihn dem Stefan vorher zum Kauf angeboten zu haben. Quod si ipse qui supra Johannes vel eius filius et eredes omnia . . mihi . . noluerit adimplire et aliquid exinde contradixerit, tunc hobligavit se ipse Johannes et suis filiis et eredes per ipsa eadem guadia ad componendum mihi qui supra Stefani vel ad meis eredibus *seu ad hominem illum, apud*

---

[1] Siehe oben Seite 563, Anm. 2.

[2] So ergänze ich mit Rücksicht auf Cod. Cav. II 54, nr. 254, a. 968.

quem brebem iste in manu paruerit viginti aurei solidi constantini et omnia quomodo et qualiter superius legitur per invitis eos nobis compliret. Codex Cavensis II 4, nr. 213.

966. Der Gastalde Petrus produziert zu Salerno vor Gericht als Vertreter (pro pars et vice) der Kirche S. Massimo eine Urkunde des Dauferius. Nach dieser Urkunde soll Radelgrima, die Witwe des Dauferius, den lebenslänglichen Niessbrauch seines Vermögens haben. Gewisse Vergabungen soll Majo, der Gastalde, zu seinem, des Dauferius, Seelenheile vornehmen. Nach dem Tode der Radelgrima soll das unbewegliche Vermögen an die Schwestern des Dauferius, Aloara und Imelaita fallen, das bewegliche Vermögen aber soll zu des Dauferius und der Radelgrima Seelenheil vergabt werden. Et de mobile, quam reliquerint, ipse Maio vel ille homo, *aput quem iste scriptum paruerit,* pro illorum salutis anime distribuere(t)[1]. Nachdem diese carta iudicati verlesen worden, erklärt Petrus der Gastalde, dass Radelgrima, als sie in ihrer Todeskrankheit lag, iudicabit et [124] in manum mihi (dem Petrus) commisit, ut causam eius tollere et pro eius anima illud dare in ecclesia Sancti Massimi, ubi per illa per scriptum datum est. An diese Thatsachen knüpft Petrus eine Klage an gegen Moncola. den Mann der Aloara, welcher aus dem Vermögen der Radelgrima Gold, Silber, Vieh und andre Fahrnis besitze. Die Urkunde ist von Interesse, weil wir den Weg. welchen die cartula iudicati gegangen ist, mit einiger Wahrscheinlichkeit verfolgen können. Petrus der Gastalde produziert die carta iudicati als Vertreter der Kirche. An die Kirche kam sie mit der Schenkung der Fahrnis, welche Petrus als Dispensator der Radelgrima vornahm. Unter dem scriptum, vermittelst dessen die Schenkung pro anima der beiden verstorbenen Eheleute vollzogen wurde, ist aber höchst wahrscheinlich die carta iudicati selbst zu verstehen. Wie nach langobardischer Rechtssitte bei Veräusserungen der Veräusserer seine Erwerbs-

[1] Urk. in Codex Cavensis II 29, nr. 235.

urkunde mit übergab, so übergab der Dispensator, wenn er eine Vergabung zum Seelenheil vollzog, dem Beschenkten die cartula iudicati. Petrus erhielt seinerseits, wie wir annehmen müssen, die carta iudicati aus den Händen der Radelgrima und — nicht aus der Hand des Gastalden Majo. Halten wir mit diesen Thatsachen die Vergabungsklausel zusammen, die da lautet: ipse Maio vel ille homo, aput quem iste scriptum paruerit, so gelangen wir zu dem Ergebnis, dass bei der alternativen Inhaberklausel ein Successionsverhältnis zwischen dem Inhaber und der mit Namen genannten Person nicht in allen Fällen existieren musste. Die Exaktionsklausel würde im vorliegenden Falle ebensowenig am Platze gewesen sein wie die Stellvertretungsklausel[1].

[125] 966. Petrus, der Sohn des Maraldus, gibt dem Cicero ein Grundstück in Pacht, wofür dieser das terraticum zu zahlen verspricht. Quod si taliter, ut superius legitur, mihi non adimpleberit, tunc per ipsa guadia hobligabit se et suos heredes (der Cicero) ad componendum mihi (dem Petrus) *seu cui brebem iste in manum paruerit* decem solidos . . . Codex Cavensis II 42, nr. 245.

972. Petrus und Mari nehmen von dem Gastalden Adelferi ein Grundstück zur Leihe. Falls Adelferi seine Verpflichtungen nicht erfüllt, tunc per ipsa guadia hobligavit se suosque filios et heredes componere nobis nostrisque heredibus *aut cui brebem iste in manum paruerit* biginti solidi. Codex Cavensis II 75, nr. 271.

974. Die Brüder Domnandus und Jaquintus tradieren dem Mönche Guaimarius eine Kirche nebst Zubehör auf Lebenszeit. Nach seinem Tode sollen gewisse Stücke seiner Fahrhabe in der Kirche bleiben. Post vero meum obitum (des Guaimarius) potestatem habeant ille homo, *cui per me dispositum fuerit vel cui hunc brebem in manu paruerit,* alia omnis mea movilia inde tollere. Die Tra-

[1] Der Briefinhaber erscheint vor Gericht allerdings als Stellvertreter, aber nicht des Gastalden Majo, sondern der Kirche; es folgt daraus, dass auch der Inhaber eines Briefes mit der alternativen Inhaberklausel diesen als blosser Stellvertreter eines andern produzieren kann.

denten versprechen Gewährschaft; et per ipsa guadia obligaverunt se suisque heredibus, ut si aliquit . . quesierint removere aut contrare et talia non adimpleverint, componere obligaverunt se suisque heredibus, mihi *vel cui hunc brebem in manu paruerit* triginta auri solidos costantinos. Codex Cavensis II 81, nr. 276. Die Inhaberklausel erscheint in dieser Urkunde zweimal. Die Konventionalstrafe soll dem Guaimarius oder dem Inhaber der Urkunde bezahlt werden. Dagegen ist das Rechtssubjekt, dem das Recht auf die Mobilien des Guaimarius zustehen soll, noch völlig unbestimmt. Es soll nämlich über die Mobilien verfügen derjenige, den Guaimarius durch besondere Disposition hierzu bestimmt, oder der Inhaber der gegenwärtigen Traditionsurkunde. [126]
Unter jener Disposition haben wir wohl zunächst eine cartula iudicati zu denken. Wird eine solche besondere Bestimmung nicht getroffen, so soll die Innehabung dieser Urkunde das Recht auf die Mobilien geben. Der etwaige Inhaber steht zu demjenigen, cui dispositum fuerit, weder in einem Stellvertretungs- noch in einem Orderverhältnis. Er hat sein Recht als Inhaber und bedarf zu dessen Ausübung keiner Vollmacht, keines Willebriefes von seiten desjenigen etwa, cui dispositum fuerit, oder von seiten des Guaimarius.

993. Fürst Johannes und Fürstin Sikelgaita von Salerno schenken dem Grafen Friderisus zwei Knechte. Die Schenker verpflichten sich Gewährschaft zu leisten. Et obligaberunt se ipsi . . . semper antistandum et defensandum mihi et cui vel ubi per me dati paruerit et ad nostris heredibus et *cui carta ipsa in manum paruerit* . . personis (personas) ipsorum . . . Et si illis nobis defensare non potuerit, adimplerent nobis nostrisque heredibus iustitia, sicut in lex nostre Langnobardorum de donum et launegilt continet, et si taliter non adimpleberint et aliquit exinde remobere aut contrare quesierint, componere obligaverunt se et suis eredibus mihi et cui vel ubi per me dati paruerit et ad nostris eredibus et *cui carta ipsa in manum paruerit* centum auri solidos . . . Et quando ego et cui vel ubi per me dati

paruerint et nostris eredibus et *cui carta ipsa in manum paruerit* voluerimus per nos ipsis inde esset auctores, potestatem abeamus bice illorum in omnibus inde causare et finem facere, qualiter voluerimus cum quale monimen et rationem inde abuerimus. Codex Cavensis III 6, nr. 463. Die Gewährschaft soll dem Friderisus, dessen Nachmann (cui vel ubi per me dati paruerit) seinen Erben und dem Briefinhaber geleistet werden. Die
[127] Konventionalstrafe des Gewährschaftsbruches soll dem Friderisus, dessen Nachmann, seinen Erben und dem Briefinhaber bezahlt werden. Friderisus, dessen Nachmann, seine Erben und der Briefinhaber sollen endlich das Recht selbständiger defensio haben, das heisst: sie sollen nicht verpflichtet sein, den auctor, wenn sie seiner bedürfen, heranzuziehen, vielmehr in eigener Person den auctor vertreten dürfen [1]. Die besondere Erwähnung des Nachmanns erklärt sich aus dem weiteren Kontext der Urkunde. Friderisus tauscht nämlich sofort die zwei geschenkten Knechte gegen zwei andere aus, indem er jene per hanc carta der Kirche des heiligen Maximus überträgt, mit dem Vorbehalte, dass er dritten Personen gegenüber keine defensio übernehme.

996. Der Kleriker Johannes trifft in seinem Testamente verschiedene Verfügungen zu Gunsten seines Schwiegersohnes Mastalus und dessen Frau Rogata. Seine Söhne und Erben verpflichtet er, diesen Anordnungen bei Vermeidung einer Busse von fünfzig Solidi nachzukommen. Hec omnia suprascripta filios (filii) et heredes meos (mei) adimpleant ipsorum (ipsis) Mastali et Rogate genero et filia mea et ad illorum heredibus *aut ad ille*

[1] Ueber das Recht selbständiger Defensio vergl. Cod. Cav. I 166, nr. 130, a. 912; p. 207, nr. 142, a. 936; p. 216 i. f. nr. 168, a. 940; p. 247, nr. 191, a. 956 und öfter. Der Gewährschaftspflichtige räumt dem andern Teile die Befugnis ein: si autem volueritis per vos ipsi exinde esse autores et defensores, liceat vos vice nostra exinde causare et omnia agere, quamquam nos debuerimus, et vobis eos defensare l. c. p. 216. Ueber das stare in loco auctoris [siehe nunmehr Kannengiesser, Die prozesshindernde Einrede 1878, S. 46 ff. H. Brunner, D. RG. II 354, Anm. 26, II 516. Hübner, Der Immobiliarprozess der fränkischen Zeit 1893, S. 110].

homo, cui scriptum iste testamenti in manu paruerit. Codex Cavensis III 45, nr. 491.

999. Alfanus verkauft dem Johannes Russus ein Grundstück „ad securiter et firmiter amodo et semper tu nominatus Johannes et tuis heredibus *et cui cartu ista in manu paruerit* illos abendum, poxidendum, dominandum, [128] omnia exinde faciatis quod bolueritis“. Auch das Gewährschaftsversprechen ist auf den Inhaber gestellt . . et per ipsa guadia hobligo me qui supra Alfanus et meis filiis et heredes amodo et semper antistandum et defensandum tivi iam dicti Johanni Russi et ad tuis heredibus et *cui carta ista in manu paruerit* tota ipsa res. Für den Fall der Vertragsverletzung verpflichtet Alfanus sich, seine Söhne und Erben per ipsa guadia ad componendum tivi nominati Johanni Russi et ad tuis heredibus *vel cui carta ista in manu paruerit* triginta auri solidos costantinos. De Blasio, Series S. 119, nr. 61. Im Verhältnis zur grossen Anzahl von Verkaufsurkunden, welche uns aus dem Fürstentum Salerno erhalten sind, erscheinen die Verkaufsurkunden mit der Inhaberklausel als eine Seltenheit. Das Strafgedinge hätte zur Anwendung der Klausel ebenso wie bei anderen Rechtsgeschäften den naheliegenden Anlass bieten können. Der Grund jener Seltenheit dürfte wohl darin beruhen, dass die in Verkaufsurkunden so häufige Formel: aut cui per te (terra) data fuerit [1], bei Kaufgeschäften über Grundstücke kein Bedürfnis nach der Inhaberklausel entstehen liess. War das Recht auf Gewährschaft und auf Konventionalstrafe an den rechtmässigen Besitz des Grundstücks geknüpft, so lag kein dringendes Interesse vor, diese Ansprüche an den Besitz der Verkaufsurkunde zu binden [2].

1077. Zwei Verkaufsurkunden dieses Jahres bei De Blasio, Series S. 17, nr. 6 und S. 18, n. 7 enthalten die Inhaberklausel nur im Strafgedinge. Der Verkäufer verspricht im Fall des Vertragsbruches dem Käufer, seinen

---

[1] Vgl. oben Seite 547 f.

[2] [Weitere Beispiele bieten Band IV ff. des Codex Cavensis.]

Erben und cui ec carta in manum paruerit dreissig Goldsolidi zu zahlen.

[129] 1077. Salernitaner Darlehensurkunde. Ego Lito filius quondam Musandi ante Petrum iudicem prestitui Ademari filio quondam Petri duodecim auri tari voni. Der Schuldner verspricht die Schuld in sechs Jahren zurückzuzahlen und versetzt dafür ein Grundstück bei Nocera, welches der Gläubiger bis dahin nutzen soll. Et per convenientiam *guadiam nobis dedit et fidemiuxorem nobis posuit se ipsum* . . . et per suprascripta *guadia* obligavit se et suis eredibus, quod si taliter omnia suprascripta nobis nostrisque eredibus non adimpleverint et aliquit exinde contradixerint per quemlivet modum, per ipsam guadiam obligavit se et suis eredibus componere nobis nostrisque eredibus *et cui oc scriptum in manum paruerit* triginta auri solidos constantinos et suprascripta nobis compliret. Ficker, Forschungen IV 101, nr. 75.

Da der Wortlaut der einzelnen Inhaberpapiere nur sehr unbestimmte Anhaltspunkte gewährt, aus welchen auf die Art und Weise ihrer gerichtlichen Geltendmachung geschlossen werden kann, so ist es eine höchst willkommene Erläuterung und Ergänzung des Untersuchungsmaterials, dass uns zwei Salernitaner Gerichtsverhandlungen überliefert sind, in welchen Inhaberpapiere produziert und geltend gemacht werden.

Die eine[1] fällt in das Jahr 1059 und lehrt uns zugleich ein Inhaberpapier höchst eigenthümlicher Art kennen, welches die landläufige Beschränkung der Inhaberpapiere auf das Schuldrecht gründlicher als die ausführlichste dogmatische Untersuchung widerlegt.

Aloara, die Witwe des Grafen Petrus, erscheint mit ihren
[130] zwei Söhnen und Schwiegertöchtern und mit dem clericus Johannes, Sohn des Rainerius, vor dem Judex Johannes, um der Theodora, Witwe des Fürstensohnes Palduf, den Besitz und die Gewährschaft von Grundstücken zu bekräftigen, welche sie vor Jahren verkauft hatte. Bei der Aufzählung der einzelnen vor Gericht anwesenden Personen wird der Kleriker Johannes als Inhaber eines Schriftstückes genannt, als:

---

[1] De Blasio, Series principum qui Langobardorum aetate Salerni imperarunt. Neapoli 1785, Appendix monumentorum S. 3, nr. 1.

Johannes clericus filius Rainerii, in cuius manu paruit unum scriptum.

Dieses scriptum ist aus dem achtzehnten Regierungsjahre des Fürsten Guaimarius, des vierten, (1036) datiert und hat folgenden Inhalt:

Ipse Petrus comes, maritus ipsius Aloare, sicut ei congruum fuit, sua voluntate ante Ademarium comitem et iudicem et aliorum novilium donaverat Malfredo et Johanni comitibus germanis predicte Aloare inclitum mundium, quod ei pertinebat in ipsa Aloara uxore sua. Tali hordine, ut ab obitum ipsius Petri in antea inclitum ipsum mundium in illorum esset potestate seu et *de illo viro, cui scriptum in manu pareret,* illud habendum et faciendum quod vellent, sicut ipsum scriptum continet, in quo ipse Ademari iudex subscriptus est.

Diese vor Gericht ausgestellte Urkunde gibt die Rechte des Mundiums über die Witwe des Ausstellers. Auf Grund der darin enthaltenen Inhaberklausel fungiert, nachdem dreiundzwanzig Jahre seit der Ausstellung der Urkunde verflossen sind, der Kleriker Johannes, der sie produziert, bei den gerichtlichen Verhandlungen im Jahre 1059 als Geschlechtsvormund der Aloara, ohne irgend eine Uebertragung des Mundiums durch die vor der Inhaberklausel genannten Brüder der Aloara oder irgend eine Vertretungsvollmacht vorzuweisen. Nachdem die Erwerbsurkunden der Theodora vor Gericht verlesen worden, werden sie von Aloara und ihren Kindern mit Zustimmung des clericus Johannes als rechtskräftig anerkannt.

Ipsi Aloara et Lando et Johannes et Alferada et Benzo- [131]
lona (ihre Söhne und Schwiegertöchter), tamen ipsa Aloara *cum voluntate ipsius Johannis, in cuius manu, ut supra scriptum est, predictum scriptum paruit, cum qua* (quo) *omnia,* que in hac cartula scripta et scribenda sunt, *fecit,* dixerunt ipsas cartulas . . veraces in omnibus, quod continent, esse et nichil de eo, quod continere visum est, removere aut contradicere posse.

Wie der Inhalt der Gerichtsverhandlung darthut, hatte sich die Geschlechtsvormundschaft in Italien damals schon zu einer blossen Geschlechtsbeistandschaft abgeschwächt, die sich als blosse Assistenz des Vormunds vor Gericht und bei Rechtsgeschäften äusserte. Es hat daher — die Dinge von der rein praktischen

Seite betrachtet — nichts Befremdendes an sich, die Rechte eines solchen Vormunds von der Innehabung eines Papiers abhängig zu machen.

Die Urkunde liefert den wertvollen Belag, dass der Inhaber eines Papiers mit der alternativen Inhaberklausel eines Willebriefs oder eines analogen Instrumentes vor Gericht nicht bedurfte und überhaupt nicht genötigt war, darzuthun, wie das Papier aus den Händen der mit Namen genannten Person in seine Hände gekommen sei.

Eine zweite Gerichtsverhandlung [1], in der ein Inhaberpapier produziert wird, fällt in das Jahr 1077. Tanda, Johannes, Mauri und Alferana verkaufen vor dem Richter Petrus an den Probst von San Leone ein Grundstück secundum legem et consuetudinem Romanorum. Sie bekennen, den Kaufpreis erhalten zu haben und versprechen Gewährleistung, indem sie — gleichfalls secundum legem et consuetudinem Romanorum [2] — wadia geben und sich selbst als Bürgen setzen.

[132] Verumtamen, so fährt die Darstellung der Gerichtsverhandlung fort, quoniam, dum suprascripta agerentur, in meam presentiam venit Leo filius quondam Majonis, qui ostendit unum scriptum per Johannem notarium scriptum anno 1077 . . qualiter ante me (iudex Petrus) suprascripti venditores dixerant sibi ipse Leo mutuasset quadraginta solidos . . ut completis tribus annis illos ei *et cui ipsum scriptum in manu paruisset,* redderent. Et ideo ipsi venditores obligaverant ipsi Leoni integram suprascriptam terram cum arbusto et vacuo in illa ratione, sicut ipsum scriptum continet, in quo ego subscriptus sum. Et dum ipsum scriptum ostensum fuit,

---

[1] De Blasio, Series S. 35, nr. 20.

[2] Dass die nach römischem Rechte lebende Bevölkerung Italiens sich im elften Jahrhundert gewohnheitsrechtlich der Wadia bediente, erhellt aus Expositio § 2 zu Liutprand 35, LL. IV 424. Vergl. Urkunde von 1070: et per convenientiam . . secundum eandem legem et consuetudinem Romanorum guadiam . . dederunt . . et fideiussores . . posuerunt se ipsos. De Blasio, Series S. 15, nr. 4 und öfter. Doch wurden auf die wadia der Römer nicht sämtliche Vorschriften des Edikts angewendet, und darauf bezieht sich wohl auch der besondere Hinweis auf die lex et consuetudo Romanorum. Ueber Selbstbürgschaft Sohm, Eheschliessung S. 41 und unten S. 593.

> ipse Leo per convenientiam remisit ad partes suprascripti monasterii ipsum scriptum et totum quantum ei per ipsum scriptum pertinet et totos suprascriptos solidos ad faciendum exinde pars ipsius monasterii quod voluerit. Et sic totos suprascriptos solidos (solidi) quadraginta ipsis venditoribus dimissos (dimissi) sunt et cum eis ipsos octoginta solidos (der Kaufpreis) illis completos sunt. Suprascripta fecit ipse Johannes prepositus per licentiam . . . domini abbatis, sub cuius regula permanet.

Die von dem Gläubiger Leo produzierte Schuldurkunde, welche die alternative Inhaberklausel enthält, würde, weil und soweit sie eine Verpfändung des für 80 Soldi verkauften Grundstücks bezeugt, auch dem gerichtlich abgeschlossenen Kaufgeschäfte gegenüber ihre Wirkung äussern. Daher begibt (remittit) der Pfandgläubiger und erste Nehmer den vom Verkäufer emittierten Schuldbrief [133] der Kirche. Durch die Uebergabe erlangt die Kirche die verbriefte Forderung, welche sie sofort als Inhaberin des Schuldbriefs durch Aufrechnung der Schuld auf den Kaufpreis geltend macht. Vermutlich war diese Art der Geschäftsabwickelung schon im Voraus unter den Interessenten verabredet gewesen. Denn die Darstellung macht den Eindruck, dass das Auftreten vor Gericht nur den Zweck hatte, für die Kirche als Käufer die Ausstellung einer gerichtlichen Erwerbsurkunde herbeizuführen. Mit Sicherheit geht aus der gerichtlichen Verhandlung hervor, dass der Inhaber auf Grund der alternativen Inhaberklausel nicht etwa auf die Stellung eines nuncius oder Stellvertreters beschränkt war. Denn die Kirche macht auf Grund der Innehabung des Schuldbriefs die Forderung als ihr eigenes Recht geltend, indem sie den Betrag der Forderung mit einem Teile des Kaufpreises kompensiert.

Ueberblicken wir die ganze Reihe der Inhaberpapiere mit der alternativen Inhaberklausel, so tritt zunächst die Thatsache hervor, dass auch sie zumeist ihre Stellung im Strafgedinge findet, ein Moment, das einen bedeutsamen Fingerzeig auf die Entstehungsgeschichte des Inhaberpapiers geben dürfte. Eine Ausnahme machen die Vergabungen von Todes wegen von 850, 966, 974, das Testament von 996, das Mundium auf den Inhaber von 1036 und die Urkunden von 993 und 999, welche beide die Inhaberklausel im Strafgedinge, aber auch ausserhalb desselben enthalten. Eine Vergleichung der Anwendungsfälle der alternativen Inhaberklausel

mit den Anwendungsfällen der Exaktions- und der Stellvertretungsklausel lässt ersehen, dass jene in Fällen auftritt, wo die Exaktionsklausel möglich wäre, wie in dem Schuld- und Pfandbrief von 1077, oder in Fällen, wo die Stellvertretungsklausel eingesetzt werden könnte, wie in den Pacht- und Leihbriefen, aber endlich auch in Verhältnissen, wo wir uns weder die eine noch die andre denken könnten[1].

[134] Während das Papier mit der Exaktions- oder Begebungsklausel und das mit der Stellvertretungsklausel an die kurze Marschroute aus der Hand der namentlich genannten Person in die Hand der Order oder des Vertreters gebunden ist, vermag das Papier mit der alternativen Inhaberklausel durch mehrere Hände zu laufen, wobei es nicht einmal unbedingt nötig ist, dass es aus der Hand des namentlich Genannten ausgelaufen sei[2]. In allen derartigen Fällen könnte bei den Klauseln sub a) und b) aus dem Wortlaute der Klausel selbst gegen den Inhaber ein Einwand erhoben werden, der durch die Fassung der alternativen Inhaberklausel abgeschnitten ist. Soweit übrigens die alternative Inhaberklausel in Urkunden auftrat, welche auch die Exaktions- oder Stellvertretungsklausel hätten enthalten können, bot sie diesen gegenüber den Vorteil, dass ihre Geltendmachung nicht an die Voraussetzung einer Cession oder einer Vollmacht gebunden war.

d) Die reine Inhaberklausel.

[505] Die bisher bekannten ältesten Beispiele des reinen Inhaberpapiers gehören dem Ausgang des dreizehnten Jahrhunderts an[3]. In den Salernitanischen Urkunden reicht die reine Inhaberklausel bis in die Mitte des zehnten Jahrhunderts hinauf. Der Codex Cavensis bietet [aus dem zehnten Jahrhundert] die folgenden Beispiele dar:

[961. Der Priester Rodelghisus verfügt von Todes wegen, dass ein bestimmtes Gut einer gewissen Lea und ihrem Sohn Bisantulo zufallen solle. Von andern Bestand-

[1] Vgl. oben Seite 578 f., Urk. von 974.

[2] Vgl. oben Seite 577, Urk. von 966.

[3] Stobbe, Zur Geschichte der Uebertragung von Forderungsrechten und der Inhaberpapiere. Zeitschrift für Handelsrecht XI 427, Gareis, Zeitschrift für Handelsrecht XXI 372.

teilen seines Vermögens heisst es, dass ille homo, cui scriptum iste in manu paruerit, qui istum iudicatum aput se abuerit, befugt sein soll, sie zu verkaufen und dass er den Erlös zum Seelenheile des Erblassers verwenden solle. Die Strafklausel bestimmt: et si eredes meas de ec omnia, quod superius legitur, quesieri(n)t aliquit inde remobere aut contrare, ad compositio siant obligati ad componendum **ad illo hominem, aput quem scripto iste paruerit,** quinquaginta solidos constantinos. Das Testament des Rodelghisus ist in eine Urkunde v. J. 1008 eingeschaltet. Codex Cavensis IV 107.]

962. Die Witwe Richarda verfügt in einer carta iudicati von Todes wegen, dass zu ihrem Seelenheile von ihren Söhnen zehn Goldtareni[1] bezahlt werden sollen. Um diesen Zweck zu erreichen, tradiert sie gemeinschaftlich [506] mit ihren drei Söhnen erster Ehe dem Priester Gaidenardus, als Treuhänder, die beiden Quarten[2], welche ihr von ihrem ersten Manne Gaidelgardus und von ihrem zweiten Gatten Bassus als Morgengabe zugekommen waren. Wenn die Söhne des Bassus sieben Tage nach dem Tode der Richarda dem Dispensator Gaidenardus oder dem Inhaber dieser carta iudicati „*sibe ad hominem aput quem iste scriptus paruerit*“ vier Goldtareni bezahlen, soll ihnen Gaidenardus die gesamte aus der Ehe mit Bassus herrührende Quart der Richarda herausgeben. Ebenso soll Gaidenardus den Söhnen des Gaidelgardus die von ihrem Vater stammende Quart der Witwe restituieren, wenn sie binnen sieben Tagen nach dem Tode der Mutter an Gaidenardus oder an den Inhaber dieser Urkunde „*sibe ad hominem aput quem iste iudicatus paruerit*“ sechs Goldtareni zahlen. Sind diese Zahlungen zur bestimmten Frist nicht erfolgt, so soll der Dispensator oder der Briefinhaber das

[1] Tarenus oder tarus, vermutlich herzuleiten von nummus Tarentinus, war eine in Süditalien und Sizilien gangbare Münze, deren vier auf einen Goldsolidus gingen.

[2] Die langobardische Quarta ist der Anspruch der Witwe auf den vierten Teil von dem Vermögen des Mannes. Ueber ihre Entwicklung aus Morgengabe und Meta vgl. Schröder, Geschichte des ehel. Güterrechts I 84 ff.

Recht haben, beide Quarten zu veräussern und den Erlös einer bestimmten Kirche zuzuwenden. Während die bisher erwähnten Verfügungen die alternative Inhaberklausel enthalten, ist das Strafgedinge am Schluss der Urkunde schlechtweg auf den Inhaber gestellt. Richarda und ihre Söhne verpflichten sich und ihre Erben, an den Briefinhaber fünfzig Goldsolidi zu zahlen, falls die resolutiv bedingte Vergabung der beiden Quarten von einem der Beteiligten angefochten würde. De quibus obligavimus nos superius mater et filii et nostris filiis et eredes, ut si de omnia, quomodo superius
[507] disposui et iudicavi, aliquid exinde remobere et retornare vel minuare inde quesierit, ad compositionem siant obligatus ille, qui talia egerit, ad componendum **ad hominem, aput quem iste scriptus paruerit,** quinquaginta aurei solidos. Codex Cavensis II 9, nr. 218.

968. Testament des Boso, genannt Littusum, eine Urkunde, welche die Inhaberklausel nur einmal und zwar nur als reine Inhaberklausel enthält. Der Testator verfügt, dass seine Frau mit seinen Söhnen den Beisitz in seinem Vermögen haben soll. Sind die Söhne grossjährig und wollen sie die Gemeinschaft aufheben, so soll der Witwe der Nutzgenuss an dem halben Vermögen des Testators als Leibzucht zustehen. Dazu kommen Verfügungen zu Gunsten von Töchtern, eines Schwiegersohnes und eines Freigelassenen. Den Schluss des Testaments bildet folgende Anordnung: Obligo filiis et meis heredibus, ut si quis de hec omnia, quod superius iudicabit (iudicabi) adque hordinare prebidit (previdi), aliquit contradixerit et remobere quesierit et talia non adimpleberit, qualiter superius legitur, ad compositione siant obligatos filiis (filii) et heredibus meis (heredes mei) componere **homini illi, cui scriptum iste in manu paruerit,** quinquaginta solidos costantinos vonos et omnia, quomodo superius iudicabit et hordinabit, omni tempore firmiter permanead. Ein Dispensator ist in dieser Urkunde nicht ernannt, ebensowenig die Ernennung eines solchen angedeutet. Das vorliegende Testament ist eine streng einseitige und letztwillige Er-

klärung. Diese einseitige Willenserklärung ist es, aus welcher das Recht des Briefinhabers die Strafsumme zu fordern erwächst[1]. Die Innehabung des Testaments gewährt dem Inhaber thatsächlich die Stellung eines [508] Testamentsvollstreckers, indem er vermöge der Schlussklausel für die Erfüllung des Testaments einzutreten in der Lage ist. Codex Cavensis II 57, nr. 257.

981. Die Nonne Alferada gibt mit Zustimmung ihres Sohnes und Vormunds pro remedio salutis anime sue einem unfreien Knaben, Namens Johannes, Sohn der Delecta und des Johannes, die Freiheit. Per anc cartulam liberum absolutum constituimus unum infantulum serbum nostrum nomine Johannes, filium Delecte et Johanni. Ausser dem Johannes soll auch die Hälfte aller gegenwärtigen und zukünftigen Kinder der Delecta die Freiheit erhalten. Und zwar soll der Inhaber dieser Urkunde das Recht haben, aus der Zahl derselben die Auswahl zu treffen, so dass die Ausgewählten mit Beibehaltung ihres Erwerbes frei sein sollen. Tota tua (des Johannes) persona liberum constituimus, seu et liberi constituimus medietatem omnes filii et filie, que amodo et cunctis diebus bite tue Delecte genueritis, in tali ordine, ut ipsis filiis et filie, que de te fuerint nati, siant adsociati per nos vel per eredes nostros **cum ominem illum, cui scriptio ista paruerit in manum,** et ipsa socia, quod inde tollere voluerit **ille, cui scriptio ista in manum paruerit,** badant semper liberi et absoluti cum suo paratum et conquisitum. Falls diese Freilassung von der Freilasserin oder ihren Erben angefochten würde, sollen sie verpflichtet sein, dem Johannes et ad ipsis, que supra diximus esse liberi *vel cui vice illorum scriptio ista in manum paruerit*, hundert Goldsolidi zu zahlen. Et ut scriptio ista in aliis modis non possit fieri trasmota, ista quidem vobis emisit (emisimus) et aliam talem per uno ordinem scriptam apud

[1] Damit ist der Beweis für die oben Seite 546 aufgestellte Behauptung, dass auch ein einseitiges Rechtsgeschäft die rechtliche Basis des Inhaberpapiers bilden kann, in positiver Weise erbracht.

nos retinemus. Als die Person, welcher die Urkunde ausgehändigt wurde, kann füglich nicht der unmündige
[509] Johannes, sondern nur dessen Mutter Delecta verstanden werden[1]. Sache der Delecta mochte es dann sein, irgend eine geeignete treue Hand zum Inhaber der Urkunde und damit zum rechtlichen Organ für die Durchführung des Urkundeninhalts zu machen. Die Delecta haben wir uns als Unfreie zu denken, weil von ihrer Freilassung nichts verlautet und die Kinder einer freien Mutter nicht erst freigelassen zu werden brauchen. Daraus dürfte es sich denn auch erklären, dass die Delecta weder in dem Satze mit der reinen Inhaberklausel noch in dem Satze mit der Stellvertretungsklausel als alternativ Berechtigte genannt wird. Codex Cavensis II 159, nr. 334.

997. Giselgarda, die Witwe des Ursus, tradiert vor Gericht in Anwesenheit ihres Vogtes ihren drei Söhnen die Quarta, welche ihr an den Gütern des Ursus zusteht, mit dem Vorbehalte lebenslänglicher Nutzniessung. Die Söhne dagegen verpflichten sich durch Wadia und Bürgenstellung, an den Dispensator, welchen die Mutter bestellt haben würde, neun Goldtari zu zahlen. Für den Fall der Säumnis versprechen sie eine Strafsumme von zehn Goldsolidi, welche dem Briefinhaber bezahlt werden sollen. Et ipsi filii mei guadia mihi dederunt — una mecum esset ipse Petrus presbiter, advocatorem meum — et mediatorem mihi posuerunt Lupenus filius quondam Johanni; et per ipsa guadia obligaverad (obligaverant) se et suis heredibus, ut post meum obitum infra sebtem dies darent ipsi filii mei *ad ille omo, cui per me dispositum fuerit*, pro meis salutis anime nobem auri tari voni ad distribuendum . . . et si ipsi filii mei post meam defunctionem et illorum eredes taliter ad ille omo, *cui per me dispositum fuerit et cui*
[510] *scriptum iste in manum paruerit*, pro mea parte non adimpleveri(n)t, componere obligaverunt se et suis ere-

[1] Die Freilasserin spricht in der Urkunde bald den Johannes, bald die Delecta in zweiter Person an.

dibus **ad ille omo, cui scriptum iste in manum paruerit,** decem auri solidos . . et illis illut adimplere. Von dieser Urkunde wird, um die Kontrahenten gegen Aenderungen des Inhalts sicherzustellen, ein Exemplar den Söhnen der Giselgarda ausgehändigt, während ein andres in den Händen der Mutter bleibt. In dem Strafgedinge ist nicht der Dispensator, sondern nur der Briefinhaber genannt. Kommt die Sache zur gerichtlichen Verhandlung — und hierzu kann nur der Vertragsbruch der Söhne Anlass geben — so soll die blosse Innehabung des Briefs [1] das Klagrecht gewähren, so dass letzteres weder auf die Person des Dispensators beschränkt ist, noch dieser, wenn er klagt, den Beweis seiner Bestellung als Dispensator zu führen braucht. Codex Cavensis III 79 [2].

Ergebnisse.

Die Verpflichtung des Schuldners dem Briefinhaber zu leisten erscheint bei allen Arten von Inhaber- und Orderpapieren in der Regel als eine vertragsmässig begründete. Schon die Ausdrücke: repromitto vobis, spondeo, obligo me per convenientiam und ähnliche weisen auf den Vertrag als den rechtlichen Verpflichtungsgrund der Leistung an den Inhaber. In den meisten Fällen wird zudem ausdrücklich hervorgehoben, dass die Verpflichtung durch rechtsförmlichen Vertrag, per guadiam et fideiussores (mediatores), übernommen worden sei. Wo aber die Wadia gebraucht wird, ist ein einseitiges Versprechen undenkbar, weil die Wadia von dem einen Kontrahenten gegeben, von den andern genommen wird und

---

[1] Darunter ist natürlich das der Giselgarda ausgefertigte Exemplar der Urkunde zu verstehen. Denn die Söhne haben ihrerseits ein dringendes Interesse, das Exemplar nicht aus der Hand zu geben, welches ihnen „ad semper habendum“ eingehändigt worden war.

[2] [Diesen Beispielen der reinen Inhaberklausel sind u. a. anzureihen eine Darlehnsurkunde des zehnten Jahrhunderts bei Camera, Memorie di Amalfi p. 171 mit der Klausel: in cuius manibus paruerit iste memoratorius, Cod. Cavensis IV 83, nr. 590, a. 1006, ein memoratorium mit dem Strafgedinge: per ipsa wadia obligabit se componere ad ille ominem, cui brebem iste in manum paruerit, XX solidi constantini, Cod. Cavensis IV 236, nr. 675, a. 1014.]

[511] das Nehmen der Wadia die Annahme des durch die Hingabe der Wadia gegebenen Versprechens ist[1]. Die langobardische Wadia, ihrem Gegenstande nach identisch mit der fränkischen festuca[2], ist das Zeichen des rechtsförmlichen Vertrags[3]. Die Hingabe der Wadia verpflichtet nach langobardischem Rechte den Schuldner zur Bürgenstellung[4]. Er darf die Wadia nicht über eine bestimmte gesetzliche Frist hinaus in den Händen des Gläubigers belassen, sondern muss sie durch Bürgenstellung lösen, per fideiussores liberare. Der Bürge empfängt die Wadia aus den Händen des Gläubigers, dem er die rechtzeitige Leistung des Schuldners verspricht. Wird sie versäumt, so ist der Bürge der Pfändung durch den Gläubiger ausgesetzt. Andrerseits hat aber der Bürge
[512] das Recht, die von ihm versprochene Leistung zu erzwingen. Er kann den Schuldner zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers pfänden. Der Empfang der Wadia, durch welche der Schuldner sich verpflichtet hat, berechtigt ihn dazu[5]. In den Urkunden kommt

---

[1] Aussprüche der Quellen, aus welchen sich zum Ueberfluss die Vertragsnatur der wadiae obligatio ergibt, hat Val de Liévre in seiner gründlichen und verdienstvollen Abhandlung über Launegild und Wadia S. 147 ff. (1877) sorgfältig zusammengestellt, indem er es unter dem Eindrucke von Siegels Versprechen als Verpflichtungsgrund für nötig hielt, „diese in der Litteratur bisher gar nicht ventilierte Frage“ zu lösen, deren Lösung nach der Natur der langobardischen Wadia eine selbstverständliche ist.

[2] Beläge bei Val de Liévre a. O. S. 193.

[3] Die Ausführungen von Val de Liévre über die rechtliche Bedeutung der Wadia, welche mir kurz vor Abschluss dieser Arbeit zu Gesicht kamen, vermögen mich nicht zu überzeugen. Die Wadia ist ihm nur bei dem Urteilerfüllungsversprechen, bei dem Verlobungsversprechen, bei dem Bürgenstellungs- und Bürgschaftsversprechen essentiale negotii; im übrigen soll sie nur den Charakter der arrha confirmatoria haben. Dass aber die Wadia auch im letzteren Falle regelmässiger Bestandteil des thema probandi war, vermag die Ausführung auf S. 195 nicht zu erklären. Die Interpretation von Liutprand 15, S. 200 führt zu dem bedenklichen Ergebnis, dass der ohne Zeugen abgeschlossene Schuldvertrag pfändbar war, wenn er formlos eingegangen, dagegen nicht pfändbar, wenn er gewettet und verbürgt worden war. Ich glaube daher nach wie vor die Wadia wenigstens für das ältere Recht als Perfektionsmittel des Vertrags betrachten zu müssen.

[4] Wach, Arrestprozess S. 10, Anm. 19, S. 3, Anm. 4, Val de Liévre a. O. S. 165 ff.

[5] Bei dieser Auffassung verschwindet der befremdende Gegensatz, welcher zwischen den Funktionen der Wadia bei dem prinzipalen Schuldvertrage und bei dem Bürgschaftsvertrage zu obwalten scheint. Sohm, Eheschliessung S. 38:

es übrigens nicht selten vor, dass der Bürge dem Gläubiger, der Schuldner dem Bürgen das Pfändungsrecht ausdrücklich einräumt.

882. Darlehen von fünf Solidi. Et si exinde in pignerationem beneritis (der Gläubiger), antipono me ego, qui supra mediator, tibi suprascripto creditori triplo pigno de omnia mea rebus legitima. — Et ego, qui supra debitor, similiter antiposui tibi fideiussori triplo pigno de omnia mea rebus legitima, ut licentiam habeatis prindere et tradere in manu creditori nostro usque dum siat bena iustitiam. Codex Cavensis I 117, nr. 91.

Da die Bürgenstellung dem Formalismus des Wettvertrages unentbehrlich ist, so findet sie formell auch dann statt, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, Bürgen zu geben. In solchem [513] Falle mag er sich selbst als Bürgen stellen, de guadia, quam dedit, mediatorem ponere se ipsum [1], eine vorzüglich in Süditalien

„So wird im Falle der Bürgschaft die Wette von dem sich Verpflichtenden genommen, während sie sonst von demselben gegeben wird." Der Bürge nimmt die Wadia nicht als sich Verpflichtender, sondern um rechtliche Gewalt über den Schuldner zu erlangen, dessen Leistung er verspricht. Aus dieser Stellung des Bürgen erklärt es sich auch, dass er sich die Forderung des von ihm befriedigten Gläubigers nicht erst abtreten zu lassen braucht. Der Bürge kann den Schuldner zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers pfänden, Liutpr. 40, also zu einer Zeit, da von einer Abtretung der Forderung noch nicht die Rede sein konnte. Darum darf die Stellung des Bürgen zum Schuldner nicht als Belag für die vom Willen des Schuldners unabhängige Uebertragbarkeit der Forderung angeführt werden, wie dies von Stobbe, Zur Geschichte der Uebertragung der Forderungsrechte und der Inhaberpapiere, Zeitschr. f. Handelsrecht XI 405 geschehen ist.

[1] Die Selbstbürgschaft findet sich auch im fränkischen Rechte, Edictum Chilperici c. 6, worüber Sohm, Eheschliessung S. 41, zu vergleichen ist. Die Ausführungen Sohms betrachtet, so lange sich keine weiteren Beläge beibringen lassen, als blosse Hypothese Val de Lièvre a. O. S. 244, Anm. 2, wobei es denn freilich merkwürdig bleibt, dass Sohm, dem die langobardische Selbstbürgschaft unbekannt war, dieses „in der deutschen Rechtslitteratur nirgends erwähnte" Institut zuerst juristisch entwickelt hat. Einen Belag für die fränkische Selbstbürgschaft bietet eine Aachener Urkunde von 1326 bei Lörsch und Schröder, Urkunden z. G. d. D. R. I 117, nr. 157. Aus Anlass einer gerichtlichen Auflassung leisten die Verkäufer Cilemannus und Nesa dem Käufer das Versprechen der Gewährschaft. Et ad hoc faciendum dictus Cilemannus se ipsum constituit principalem (nämlich debitorem) et fideiussorem, dictaque Nesa constituit Johannem Volmeri, civem Aquensem, fratrem suum, fideiussorem et eorum quemlibet in solidum.

vorkommende Wendung, an welche sich in den Urkunden die Pfändungsklausel: appono vobis ad pignerandum, si exinde ad pignerationem veneritis, omnes res meas, verhältnissmässig noch häufiger anschliesst, als dies bei dem normalen Bürgschaftsversprechen der Fall ist[1].

Wadia und Bürgschaft finden sich bei allen Arten von Inhaber- und Orderpapieren[2], auch bei dem Versprechen mit der
[514] reinen Inhaberclausel[3]. Der Kontrahent, der die Wadia gibt, verspricht dem Empfänger der Wadia, an den Inhaber der Urkunde zu leisten. Auch für dieses Versprechen wird der Formalismus des Vertragsrechts soweit aufrechterhalten, dass in Ermangelung von Bürgen oder einer genügenden Anzahl von Bürgen der Schuldner als Selbstbürge eintritt.

Damit ist die Vertragstheorie für das Inhaberpapier historisch legitimirt. Die Schuld aus dem Inhaberpapier muss auf Grund eines Vertrags konstruirt werden können, weil die ältesten Inhaberurkunden das verpflichtende Schuldversprechen im Gewande eines per wadiam et fideiussores abgeschlossenen Vertrages erscheinen lassen. Die Kreationstheorie in das ältere Inhaberpapier hineinzutragen ist durchaus unzulässig. Jeder derartige Versuch müsste an dem rechtlichen Charakter der fränkisch-romanischen Privaturkunde scheitern. Denn diese erscheint als Zeugnis über eine rechtliche Handlung, welche durch mündliche Erklärungen vor sich geht[4].

---

[1] Ueber die langobardische Selbstbürgschaft Val de Lièvre a. O. S. 244. Die Entstehung der Selbstbürgschaft hört nur dann auf ein Rätsel zu sein, wenn mindestens für das älteste Recht die Wadia wesentliche Vertragsform oder doch Voraussetzung der Pfändbarkeit war. Val de Lièvre betrachtet die Wadia nur als Bürgschaftssymbol, sie werde wegen der Bürgenstellung gegeben. Bei der Selbstbürgschaft wird aber der Bürge der Wadia halber gegeben, wie denn die Quellen auch sonst regelmässig von einem fideiussorem de wadia ponere sprechen. Der nur arrhalische Effekt der Wadia reicht nicht aus, um die Entstehung des Instituts zu erklären. Ueber das Pfändungsrecht Wach a. O. S. 10 ff.

[2] Vgl. die Urkunden oben S. 564 von 882, S. 568 von 821, S. 569 von 966, S. 570 von 971, 975, 982, S. 571 von 986, 993, S. 572 von 1016, S. 575 von 928, 961, S. 576 von 961, S. 578 von 966, 972, 974, S. 581 von 999, S. 581 von 1077, S. 582 von 1077.

[3] Siehe oben S. 590, Urk. von 997.

[4] [Ueber die Bedeutung des Urkundungsaktes siehe Ficker, Urkundenlehre I 64 und meine Untersuchungen zur Rechtsgeschichte der römischen und der germanischen Urkunde I, 1880.]

Die Zeugen der Urkunde sind Zeugen der beurkundeten Handlung, nicht der Beurkundung selbst. Wird die Urkunde angefochten, so ist nicht etwa zu beweisen, dass die in der Urkunde als Schreiber genannte Person sie geschrieben, dass die als Zeugen [515] angeführten Personen sie unterschrieben hätten, sondern die beurkundete Handlung, die Oblatio, Traditio, Manumissio u. s. w. bildet das unmittelbare Beweisthema. Freilich kann die Urkunde in privatrechtlicher Beziehung von ganz wesentlicher Bedeutung sein, aber doch wieder nur in einem Zusammenhang, welcher jeden Gedanken an einen einseitigen Verpflichtungsakt vollständig ausschliesst. Privatrechtlich ist nämlich nicht die Ausstellung, sondern die Begebung der Urkunde, das dare, tradere, der Begebungsvertrag, das ausschlaggebende Moment, derselbe Akt, der sich dem plastischen Formalismus der deutschen Stammesrechte als Formalakt einschob, um schliesslich das alte Formenwesen allmählich zu zersetzen.

Der Literalkontrakt ist daher dem älteren deutschen Rechte völlig unbekannt; ebenso die einseitige Verpflichtung durch Scripturakt. Bei den Inhaberpapieren ist die Annahme eines solchen schon deshalb ausgeschlossen, weil die Partei, die sich verpflichtet, dem Inhaber zu leisten, meist nicht unterschrieben oder auch nur mit einem Handzeichen unterzeichnet ist. Sehr häufig sind nur die Zeugen oder Notar und Zeugen in der Reihe der Subskriptionen angeführt[1]. Urkunden, welchen eine gerichtliche Verhandlung zu Grunde liegt, unterschreiben die Iudices allein oder mit Zeugen[2]. Die Unterzeichnung des wettenden Kontrahenten bildet in den Salernitaner Urkunden die Ausnahme[3].

Der Vertrag erscheint nicht als die ausschliessliche Entstehungsquelle der Verpflichtung, an den Inhaber der Urkunde zu leisten. Unter dem mitgeteilten Material finden sich Fälle, in [516] welchen ein einseitiges Rechtsgeschäft diese Verpflichtung erzeugt. Beispiele bieten das Testament des Johannes clericus von 996 mit

---

[1] Z. B. in den Urkunden oben S. 564 von 882, S. 569 von 963, 964, S. 570 von 971, 975, S. 571 f. von 993, 1016, S. 575 von 961, S. 578 von 966, 972, 974, S. 580 f. von 996, 999, S. 588 von 968.

[2] Z. B. die Urkunden oben S. 568 von 821, S. 575 von 928, S. 577 von 966, S. 579 von 993, S. 590 von 997.

[3] In den Urkunden oben S. 570 f. von 982 und von 986. In Urk. S. 561 von 796 und S. 562 von 819 sind die Darlehnsschuldner unterzeichnet.

der alternativen Inhaberklausel oben Seite 580 f. und die durch die reine Inhaberklausel ausgezeichneten Testamente des Rodelghis von 961 oben Seite 586 f. und des Boso Littusum von 968 oben Seite 588. In jenen Testamenten verpflichten die Testatoren ihre Söhne oder Erben zu einer Leistung an den Testamentsinhaber. Beide Testamente enthalten weder die Unterschrift noch ein Handzeichen der Testatoren, sondern nur Zeugenunterschriften. Auch hier ist es weder ein einseitiges Versprechen, noch ein Skripturakt, sondern die letztwillige Anordnung, welche die Verpflichtung erzeugt.

[Wie anderwärts dargethan worden ist, zerfallen die Privaturkunden der fränkischen Zeit in cartae und notitiae. Die Carta ist die dispositive, die konstitutive Urkunde, weil das Rechtsgeschäft, über das sie lautet, durch die Begebung der Urkunde zur rechtlichen Existenz gelangt. Sie wirkt konstitutiv, indem sie Rechte begründen, übertragen oder aufheben hilft, je nachdem durch das Rechtsgeschäft, über das sie lautet, Rechte begründet, übertragen oder aufgehoben werden sollen. Im Gegensatz zur Carta ist die notitia schlichte Beweisurkunde, nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Urkunde; das Rechtsgeschäft, das sie deklariert, ist bereits vor der Beurkundung, also vor dem Urkundungsakte, rechtlich perfekt geworden. Im südlichen Italien, namentlich im Gebiete des Herzogthums Benevent mit Einschluss von Salerno, heisst die notitia regelmässig breve oder memoratorium. Als Aussteller pflegt der Destinatär des Memoratoriums selbst zu fungieren [1]. Mit Rücksicht auf diese Einteilung der Privaturkunden ist es bedeutsam, dass von den Inhaberklauseln i. w. S. die Stellvertretungsklausel, die alternative und die reine Inhaberklausel, nicht nur in konstitutiven Urkunden, in cartae, sondern auch in Memoratorien [2] erscheint, und zwar in der Form: cui *breve* oder cui memoratius in manu paruerit (aut cui—vice nostra). Daraus ergibt sich das für die richtige Auffassung der Wertpapiere erhebliche Ergebnis, dass schon das ältere Recht Urkunden kennt, die sich zwar als Wertpapiere, aber nicht als konstitutive Urkunden darstellen. Selbstverständ-

[1] [Ueber den Unterschied von carta und notitia (memoratorium) habe ich zuerst in dem Aufsatze Carta und notitia (Commentationes in honorem Mommseni), dann ausführlicher und eingehender in der Schrift: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I, 1880 gehandelt.]

[2] [Cod. Cav. I 12, nr. 11, II 66, nr. 264, 94, nr. 287, 169, nr. 341, 233, nr. 382, II 2, nr. 212, IV 83, nr. 590 oben S. 568. 570 f. 575. 591, Anm. 2.]

licherweise kann es bei den Memoratorien mit der Inhaberklausel nicht ein Skripturakt sein, der die Verpflichtung erzeugt.]

Die Anwendung des Inhaberpapiers blieb in Italien nicht auf eine bestimmte Nationalität beschränkt, sondern hat territoriale Geltung erlangt. Laien und Kleriker, Langobarden und Franken, sowie Römer und Griechen erscheinen in den Inhaberpapieren als Promittenten oder Promissare. Neben rein deutschen Rechtsinstituten, wie es die Geschlechtsvormundschaft, der Wergeldanspruch, die Vergabung von Todes wegen sind, erscheint auch das römische Testament in dem Rahmen des Inhaberpapiers. An eine Entlehnung aus dem römischen Rechte ist aber dabei selbstverständlich nicht zu denken. Vielmehr haben die Römer in Italien das Inhaberpapier zu diesen Zwecken ebenso dem langobardischen Rechte entlehnt, wie sie die langobardische Wadia und die Selbstbürgschaft verwendeten, um sich zur Leistung an den Inhaber zu verpflichten [1].

Die Hauptmasse der erörterten Inhaberpapiere liefert das für die langobardische Rechtsgeschichte so hoch interessante Fürstentum Salerno. Aber auch für Toscana ist die Anwendung der Inhaberklausel durch die Luccheser Urkunden mehrfach bezeugt. Die Exaktions- und Begebungsklausel ist durch toskanische, mailändische und salernitanische Urkunden vertreten. Dass das fränkische [und alemannische] Rechtsleben sie kannte, beweisen die fränkischen [517]
Kautionsformeln [und die alemannischen Prekarienbriefe].

Was die praktischen Unterschiede der vier Inhaberklauseln betrifft, so dürften sich folgende Sätze mit annähernder Sicherheit als Ergebnis zusammenfassen lassen. Die Exaktions- oder Orderklausel setzt den Inhaber des Briefes in die Lage, die Forderung als selbständige Prozesspartei geltend zu machen. Doch muss er die Begebung des Briefes von seiten des ersten Nehmers nachweisen, wenn sie bestritten oder angezweifelt wird. Die Stellvertretungsklausel gibt formell nur die Rechte des Vertreters und eignet sich daher von Hause aus nicht zur Uebertragung des Rechtes. Der Nachweis der Vertretungsvollmacht ist auch hier als nötig zu erachten, falls sich durch das Verlangen des Prozessgegners die prozessualische Notwendigkeit dieses Nachweises ergibt.

Anders verhält es sich mit der alternativen Inhaberklausel. Auf Grund derselben ist die rechtliche Stellung des Urkunden-

---

[1] Siehe oben S. 584, Anm. 2.

inhabers nach aussen hin unabhängig von dem inneren Verhältnis zu der namentlich genannten Person. Die alternative Inhaberklausel kann daher ebensowohl die Funktion der Inhaberklausel als auch die Funktion der Vertretungsklausel versehen. Der mit Namen Genannte kann die Urkunde zum Zwecke der Rechtsübertragung begeben oder aber nur deshalb, um nicht selbst prozessieren zu müssen und um thatsächlich zur Aufstellung eines Vertreters zu gelangen, der dann freilich nach aussen hin nicht als solcher erscheint. Der Inhaber ist nicht genötigt, die etwaige Rechtsübertragung oder ein Vertretungsverhältnis nachzuweisen, er bedarf keines Willebriefes, keiner Vollmacht von seiten des mit Namen Genannten oder von seiten irgend eines Vormanns. Die Urkunde kann durch mehrere Hände gehen, und es kann auch ein andrer als der namentlich Genannte der erste Nehmer sein, ohne dass dadurch die Rechtsstellung des Inhabers modifiziert wird, wogegen die Exaktionsklausel und die Vertretungsklausel nur eine einmalige Weiterbegebung und zwar nur aus der Hand des mit Namen Genannten, dulden.
[518] Was von der alternativen Inhaberklausel gesagt worden, gilt auch von der reinen Inhaberklausel, welche namentlich dann in Anwendung kommt, wenn nach Lage des Falls eine bestimmte Person neben dem Briefinhaber nicht mit Namen genannt werden kann, weil es z. B. noch ungewiss ist, wer als Dispensator bestellt werden soll, oder weil die zunächst bedachte Person nicht geeignet ist, das Recht aus der Urkunde geltend zu machen. Doch ist die reine Inhaberklausel nicht in allen Stücken gleich der alternativen Inhaberklausel zu behandeln. Setzen wir den Fall, dass der Leistungspflichtige der mit Namen genannten Person geleistet hat, ohne sich das Papier aushändigen zu lassen, so wird er sich dem dritten Inhaber gegenüber auf diese Leistung berufen können und nach dem Wortlaute der alternativen Inhaberklausel für liberiert gelten müssen. Bei der reinen Inhaberklausel ist nur die Leistung an den Inhaber Erfüllung des Schuldversprechens.

Zur Entstehungsgeschichte des Inhaberpapiers.

Die Gründe, aus welchen das germanische Rechtsleben, als es das Urkundenwesen zu verwerten begann, zur Ausbildung und Anwendung von Inhaberpapieren gelangte, werden klar, wenn man sich die praktischen Ziele zu vergegenwärtigen sucht, die mit

der Begebung jener Urkunden verbunden werden mochten. Unter diesem Gesichtspunkte sind zwei Rechtssätze, ein Rechtssatz des Prozessrechts und ein Rechtssatz des materiellen Privatrechts, als die treibenden Kräfte zu betrachten, welchen die germanische Inhaberurkunde ihre Entstehung und älteste Anwendung verdankt.

Nach den meisten germanischen Volksrechten war die prozessualische Vertretung freier und selbstmündiger[1] Personen entweder schlechtweg untersagt oder doch an erschwerende Förmlichkeiten und Umständlichkeiten geknüpft. Ohne Zweifel war die Unzulässigkeit der prozessualischen Stellvertretung ursprünglich ein [519] allgemein germanischer Grundsatz. Er wurzelte so tief, dass er in einzelnen Teilen des germanischen Rechtsgebietes das ganze Mittelalter überdauerte. Verschiedene Institute des Privat- und des Prozessrechts weisen auf ihn zurück, so die Rolle des Auktors im Immobiliarprozess, die Stellung der Salmannen, denen man formell das Recht an einem Grundstück übertrug, um thatsächlich für das Grundstück einen Bevollmächtigten zu gewinnen. Bekannt ist, dass das französische Recht dem Kläger die Bestellung eines procureur nur auf Grund eines königlichen Privilegiums gestattete. Und in deutschen Landesrechten wurde die Bestellung eines Klagboten, Klagführers, Gewalthabers, das Aufgeben, das „an die Hand setzen" der Klage bis in das siebenzehnte Jahrhundert für unzulässig gehalten. Das fränkische Recht der fränkischen Zeit verlangte ein königliches praeceptum[2]. Am strengsten scheint in der Ausschliessung der prozessualischen Stellvertretung das langobardische Recht gewesen zu sein. König Ratchis (I, 3, II, 7) verbietet sie schlechtweg bei Strafe des Widrigelds. Witwen, Waisen und ein homo, qui causam suam agere non potest, dürfen mit Erlaubnis des Königs oder des Richters vertreten werden. Et si forte aliquis per simplicitatem causam suam agere nescit, veniat ad palatio, et si rex aut iudex praeviderit, quod veritas sit, tunc ei dare debeat hominem, qui causam ipsius agat. Der Richter, welcher, abgesehen von diesen Ausnahmefällen, die Vertretung zulässt, büsst sein Widrigeld. Auch im späteren langobardischen Rechte ist nach Ficker[3] ein advo- [520]

---

[1] Selbst bei minderjährigen Personen war die prozessualische Vertretung nicht ausnahmelos gestattet. v. Amira in der kritischen Vierteljahrsschrift XVII 428 ff.

[2] [Siehe oben S. 128 f. 440 ff.]

[3] Forschungen § 223, § 473 (III 100).

catus nur Kirchen und angeseheneren Personen gestattet. Das Ottonische Kampfgesetz verbietet den Laien, mit Ausnahme der Grafen, einen Vogt zu haben [1].

Dieses Verbot der prozessualischen Stellvertretung konnte durch die Anwendung des Inhaber- oder Orderpapiers umgangen werden. Der Gläubiger, welcher wusste, dass er sich nicht werde vertreten lassen können, liess sich deshalb vom Schuldner versprechen, dass er ihm oder dem Briefinhaber leisten werde. Ergab sich die Notwendigkeit gerichtlicher Geltendmachung des Rechtsanspruches, so konnte der Briefinhaber als Kläger auftreten. Dass in diesem Gesichtspunkte die praktische Tendenz des Inhaber- und Orderpapiers hauptsächlich zu suchen ist, wird in hohem Grade wahrscheinlich, wenn wir die Stellung der Inhaberklausel im Strafgedinge berücksichtigen. Die Exaktionsklausel der Formeln findet sich nur im Strafgedinge. Die sämtlichen mitgeteilten Urkunden zeigen die Stellvertretungsklausel gleichfalls nur in der Pönalstipulation. Die alternative Inhaberklausel hat, wenn es sich um ein Leistungsversprechen handelt, ihren Platz fast durchweg im Strafgedinge. Von den fünf mitgeteilten Urkunden mit der reinen Inhaberklausel bringen sie vier in der Strafsanktion. Ein Bedürfnis gerichtlicher Geltendmachung des verbrieften Rechtsanspruches lag eben nur vor, falls der Verpflichtete in Verzug kam oder eine sonstige Rechtsverletzung sich zu schulden kommen liess. Wenn man nun gerade für diesen Fall die Leistung an den Inhaber der Urkunde auszubedingen pflegte, so liegt die Annahme nahe genug, dass den Inhaberklauseln vorzugsweise eine prozessualische Rücksicht, die Rücksicht auf die Ermöglichung einer geeigneten prozessualischen Vertretung zu Grunde lag. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die Stellung des Briefinhabers stets ein offenes oder
[521] verschleiertes Stellvertretungsverhältnis gewesen sei. Die Inhaberklausel konnte, nachdem sie einmal durch das erwähnte Bedürfnis hervorgerufen worden war, noch andre praktische Funktionen versehen. Auch die römische Bevölkerung Italiens benutzte das Inhaberpapier, obwohl ihr Recht die prozessualische Stellvertretung gestattete. Denn jenes bot zum mindesten Erleichterungen, weil

---

[1] Vergl. die Expositio zu Otto 8, welche den Gegensatz dieser Bestimmung zu der dem römischen Rechte eigentümlichen Zulässigkeit des Prokurators ausdrücklich hervorhebt.

die Stellung des Briefinhabers eine freiere und selbständigere war, als die eines Procurators im technischen Sinne gewesen wäre. Die Quellen des altfranzösischen Rechtes, welche den porteur des Briefes mit alternativer Inhaberklausel als Bevollmächtigten des mit Namen genannten Gläubigers betrachten [1], heben ausdrücklich hervor, dass er sich von einem gewöhnlichen procureur wesentlich unterscheide. Der porteur bedürfe keiner Vollmachtsurkunde (procuration), er sei, sobald er die Klage einbringt, seigneur de la chose, de la poursuyte et action. Der Vollmachtgeber (der créditeur principal) darf von da ab in dem Rechtsstreite des porteur gegen den Schuldner mit keinem Vorbringen gehört werden, ausgenommen die Behauptung, dass ihm der porteur den Brief gestohlen habe. Der porteur kann sich auf Grund einer lettre de grâce seinerseits einen procureur bestellen, während ein procureur sich nicht wieder einen procureur bestellen darf. Verboten sei es en court royale den porteur einer Urkunde vorzulassen, welche die Inhaberklausel „porteur de lettre *et* procureur“ enthält; denn eine solche Klausel enthalte einen unlösbaren Widerspruch, weil der porteur eben seigneur de la cause sei, der procureur aber nicht, und weil es einerseits unzulässig sei, dass le maistre und le procureur gemeinschaftlich prozessieren, andrerseits absurd, dass der porteur als [522]
seigneur de la cause zugleich sein eigener procureur sei [2]. Geht es auch selbstverständlich nicht an, diese Grundsätze als Beweismaterial für das italienische Inhaberpapier dieser Zeit zu verwenden, so bringen sie doch in deutlicher Weise zur Anschauung, wie in den Rechtsverhältnissen des Briefinhabers Innen- und Aussenseite (Stellung zum namentlich Genannten und Stellung zum Schuldner) scharf auseinanderfallen konnten.

---

[1] Si sachez que porteur de lettres si est cil, a qui par le seigneur principal de la lettre la lettre est chargee et commandee a en faire poursuyte. Bouteiller, Somme rurale, Ausgabe von 1537, fol. 151, col. 4. Die Somme rurale stammt aus dem Ende des vierzehnten Jahrhunderts. Seigneur principal ist der mit Namen genannte Gläubiger.

[2] Bouteiller fol. 151, fol. 15. 16. Zu den angeführten Unterschieden kommt bei Bouteiller noch hinzu, dass der Tod des créditeur principal die Vollmacht des porteur nicht aufhebt, ein Grundsatz, welchen die französische Praxis und Doktrin (homs mort n'a porteur de lettres) unter dem Einfluss der römischen Mandatstheorie verlassen hat. [Weitere Ausführungen gibt meine Schrift: Das französische Inhaberpapier des Mittelalters und sein Verhältnis zur Anwaltschaft, zur Cession und zum Orderpapier 1879.]

Aus der Unzulässigkeit der prozessualischen Stellvertretung würde sich ein praktisches Bedürfnis nach Ausbildung des Inhaberpapieres vielleicht nicht ergeben haben, wenn nach deutschem Rechte der so vielfach behauptete Grundsatz von der unmittelbaren Uebertragbarkeit der Forderungen bestanden hätte. Wie das römische Recht auf dem Umwege der Stellvertretung praktisch zur Uebertragung der Forderung gelangte, so hätte das deutsche Recht in der Uebertragung des Rechtsanspruches einen Ersatz der mangelnden Stellvertretung darbieten können. Wenn auch Rechtsgeschäfte dieser Tendenz im Gebiete des Sachenrechtes und sonst vielfach vorgekommen sein mögen, so ist dagegen der Grundsatz, dass Forderungen aus Schuldverträgen vom Gläubiger beliebig übertragen werden konnten, zum mindesten für das ältere Recht zu leugnen. Der Klage des Cessionars hätte der Schuldner einfach antworten können, er sei ihm nicht schuldig zu leisten, denn er habe nicht versprochen, ihm zu leisten. Die peinliche Sorgfalt, mit welcher in den älteren Urkunden die Leistung an den Kontrahenten oder an einen Dritten ausbedungen wird[1], erklärt sich
[523] nur daraus, dass der Gläubiger ohne ein solches Versprechen einen Dritten nicht beliebig zum Träger der Forderung machen konnte. Beweise der angeblichen Uebertragbarkeit fehlen für die ältere Zeit, und an sich hat die Geltung dieses Rechtssatzes, der ein ausgebildetes Verkehrsrecht und einen hohen Grad juristischer Abstraktion voraussetzt, wie sie in der fränkischen Periode nicht vorhanden waren, von vornherein alle Wahrscheinlichkeit gegen sich[2]. Aber auch in der Zeit der Rechtsbücher bildete meines Dafürhaltens die Unübertragbarkeit der Forderung mindestens die herrschende Regel[3]. Diese wird nicht erschüttert durch die Ausnahme, dass

---

[1] S. oben S. 548 f.

[2] Uebrigens suche man sich nur einmal klar zu machen, wie das germanische Beweisrecht in Fällen, wo es auf den Eid des Klägers ankam, sich in der Person des Cessionars hätte zur Anwendung bringen lassen.

[3] Kleines Kaiserrecht II, 38. Andrer Ansicht Stobbe, Zur Geschichte der Uebertragung der Forderungsrechte und der Inhaberpapiere, Zeitschr. für Handelsrecht XI 397 ff. Stobbes Gründe sind nicht beweiskräftig. Realrechte und Reallastberechtigungen fallen für die vorliegende Frage selbstverständlich nicht ins Gewicht. Ebensowenig das Recht des Bürgen, der die Bürgschaftsschuld bezahlt hat, weil er schon durch den Bürgschaftsvertrag dem Schuldner gegenüber Gläubigerrechte erlangt. Vgl. oben S. 592, Anm. 5. Exekutionsfähige Rentenbriefe und Schuldurkunden, sowie das Recht des Pfandgläubigers

nach manchen Rechten die Forderung übertragen werden darf, deren gerichtliche oder aussergerichtliche Geltendmachung nicht erst eines gerichtlichen Urteils bedarf. Denn in solchem Falle brauchte nicht erst eine rechtsförmliche Klage und eine kontradiktorische gerichtliche Verhandlung stattzufinden. Lag bereits ein Urteil vor, so konnte vielfach eine Uebertragung des Anspruches stattfinden. Desgleichen gestattete man die Uebertragung der Forderung, welche durch einen mit Urteilskraft ausgestatteten gerichtlichen oder öffentlichen Akt begründet oder anerkannt worden war. [524]
Die exekutionsfähige Schuldurkunde galt hie und da für übertragbar, auch wenn sie keine Klausel über die Leistung an den Dritten enthielt [1]. Ebenso mochte der Pfandgläubiger seine Pfandforderung übertragen, abgesehen von dem Eingreifen sachenrechtlicher Gesichtspunkte, schon darum, weil der Pfandvertrag bei der neueren Satzung als Anweisung von Exekutionsgegenständen aufzufassen ist und dem Gläubiger dieselben Rechte gewährt, als wäre das Grundstück im Exekutionswege für ihn gefront, vom Gericht als Pfand genommen worden [2]. Auch nach englischem Common Law hatte bis 1873 prinzipiell nur der König das Recht, Forderungen zu übertragen und sich übertragen zu lassen, während im übrigen für Forderungen die Regel galt: no chose in action is assignable, und die thatsächliche Uebertragung der Forderung ähnlich wie im römischen Rechte nur auf dem Umwege der Stellvertretung erreicht wurde [3]. Jenes Vorrecht der englischen Könige lässt mit Rück-

stossen aus den im Text angegebenen Gründen die von Stobbe bekämpfte Ansicht nicht um. Dass der Gläubiger sich an die (verpfändete) Forderung des Schuldners halten darf, findet sich auch im römischen Recht (Windscheid, Pandektenrecht § 239, Anm. 10), welches die Uebertragbarkeit der Forderung nicht kannte.

[1] Auf das deutlichste spricht diesen Rechtssatz und das ihm zu Grunde liegende juristische Prinzip eine Liller Schöffensatzung von 1352 aus, Roisin, Franchises de Lille S. 51. Kommt es aber infolge einer Einrede des Schuldners zu einer kontradiktorischen Verhandlung, so muss der ursprüngliche Gläubiger selbst das Recht aus der Urkunde geltend machen. Auswärtige Gläubiger durften gegen Liller Schuldner in keinem Falle einen andern zur Eintreibung der Schuld an ihre Stelle setzen; S. 56: Li hom de forains ou li femme ne puet nullui mettre en sen point ne en son liu pour chelle debte ne pour chelle connaissanche requerre.

[2] von Meibom, Das deutsche Pfandrecht S. 403 ff., Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts (1877) S. 2 ff., 4 ff.

[3] Blackstone, Comm. II 442: when a debt or bond is said to be

[52] sicht auf die vielfachen Zusammenhänge, welche zwischen der Stellung des anglonormannischen und des fränkischen Königtums bestehen, fränkischen Ursprung vermuten. Dass das französische Recht, auch nachdem es die römische Cessionslehre recipiert hatte, den bekannten Grundsatz anwendete: simple transport ne saisit point, scheint mir gleichfalls nicht für, sondern gegen die beliebige Uebertragbarkeit der Forderung im älteren Rechte zu sprechen.

War die Uebertragung der Forderung aus Schuldverträgen verwehrt, so konnte sie einerseits den Mangel der prozessualischen Stellvertretung nicht ersetzen; andrerseits tritt dadurch um so mehr die praktische Brauchbarkeit des Inhaberpapiers ins Licht, insofern es zugleich ein Auskunftsmittel darbot, um die sonst unzulässige Uebertragung der Forderung thatsächlich durchzuführen.

[In eine neue Phase tritt die Frage nach der Entstehung der Order- und Inhaberpapiere, seit man in kürzlich publizierten hellenischen Schuldurkunden Order- und Inhaberpapiere zu erkennen glaubt. Dareste sah in einer dieser Urkunden, die dem zweiten Jahrhundert v. Chr. angehört, das älteste Beispiel der Orderklausel. Mit steigender Sicherheit ist L. Goldschmidt an verschiedenen Orten für den hellenischen Ursprung der Order- und Inhaberpapiere eingetreten. Seine Abhandlung: Inhaber-, Order- und exekutorische Urkunden im klassischen Altertum, Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. RG., roman. Abt. X 352 findet in hellenischen Urkunden des zweiten Jahrhunderts v. Chr. „Order- oder Inhaberklauseln", vermisst sie dagegen in den ägyptischen Papyrusurkunden der Ptolemäer- und der römischen Zeit. Seite 386 a. O. hält er es für möglich, dass die hellenistischen Ansätze zu Schuldurkunden auf Inhaber und an Order mit der vollen Ausbildung der Cession und Delegation, welche das praktische Bedürfnis sicher befriedigt haben, verkümmert sind. Zum Schluss erklärt er, es sei nicht einmal ersichtlich, ob das griechische Recht mindestens im hellenistischen Osten noch in späterer Zeit als Bestandteil eines

---

assigned over, it must still be sued in the original creditors name; the person to whom it is transferred, being rather an attorney (Stellvertreter) than an assignee. But the *king* is an *exception* to this general rule, for he might always either grant or receive a chose in action by assignment. Anders hielten es mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis die Courts of equity. [Siehe H. Brunner, Das französ. Inhaberpapier S. 12 f.]

vorwiegend auf altem Handelsbrauch beruhenden Vulgarrechtes Geltung bewahrt, vielleicht gar weitere Verbreitung gefunden habe. Hinsichtlich des römischen Rechtes gelangt er zu dem Ergebnis, dass sich zwar für die Schuldverschreibung mit Inhaber- oder Orderklausel in den römischen Quellen kein sicherer Anhalt finde, dagegen die (mündliche oder schriftliche) Anweisung mit der Orderklausel ganz sicher sei. In Goldschmidts Universalgeschichte des Handelsrechts S. 390 heisst es von den Order-, Inhaber- und Blancopapieren: Sie sind zwar nicht germanischen, sondern hellenischen Ursprungs, aber schon früh . . . — vielleicht aus antikem Vulgarrecht — in die mittelalterliche Praxis übernommen. Im System des Handelsrechts im Grundriss 1892, S. 161 äussert sich Goldschmidt meinen Ausführungen gegenüber, es sei wahrscheinlicher, dass die im Vulgarrechte des Altertums hergebrachten Urkundenklauseln von den Germanen adoptiert und entsprechend dem damaligen Rechtszustand als Surrogate der fehlenden Stellvertretung und Cession benutzt worden sind.

Obwohl es mir ferne liegt, zu Goldschmidts Ergebnissen hier endgültige Stellung zu nehmen, kann ich doch nicht umhin, einige Bedenken geltend zu machen. Eine Inhaberklausel im eigentlichen Sinne (eine alternative oder reine Inhaberklausel) vermag ich in den von Goldschmidt angezogenen Stellen nirgends zu erkennen. Die Klausel, dass die Urkunde massgebend sein soll, mag nun der Darlehensgläubiger sie vorlegen oder ein andrer ὑπὲρ αὐτοῦ (in seinem Namen, seinetwegen), ist wegen des Zusatzes ὑπὲρ αὐτοῦ schon ihrer Form nach keine wahre Inhaberklausel[1]. Die rechtliche Tragweite der Klauseln, durch die der namentlich genannte Gläubiger sich vorbehält die Kündigung, die Entgegennahme der Zahlung und die (nach griechischem Rechte dem Kläger als Privatpfändung zustehende) Exekution von einem Dritten bewirken

[1] [Wie Goldschmidt selbst, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, rom. Abt. X 367, über die Klausel: ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω, κἂν ἄλλος ἐπιφέρῃ ὑπὲρ Νικαρέτας bemerkt, ist es nicht deutlich erkennbar, ob der Vorleger der syngraphe durch diese allein legitimiert sein soll oder ob er Vollmacht (Cession?) beizubringen hat und ob er überhaupt kraft eigenen Rechtes oder nur als Vertreter (Cessionar?) exequieren dürfe. Wäre die Klausel alternative Inhaberklausel, so müsste das ὑπὲρ αὐτοῦ für nicht geschrieben gelten, was mit dem ἡ συγγραφὴ κυρία ἔστω schwer vereinbar wäre. Die Innehabung ὑπὲρ αὐτοῦ musste, wenn bestritten, doch wohl bewiesen werden.]

zu lassen, ist noch nicht genügend klargestellt[1], um auch nur das hellenische Orderpapier mit voller Sicherheit zu erkennen[2].

Aber auch wenn die Urkunden von Orchomenos und Amorgos in der That die Order- oder Inhaberklauseln enthielten, die Goldschmidt darin findet, ständen wir vor dem Rätsel, wie der rechtsgeschichtliche Zusammenhang zu erklären sei zwischen den mindestens um acht Jahrhunderte auseinander liegenden[3] hellenischen und fränkisch-romanischen Urkunden. Dass sich jene oder verwandte Klauseln ohne rechtlich praktische Bedeutung in der Urkundensprache erhalten hätten, wäre ja immerhin möglich. Sich aber bei dieser Annahme unter Verzicht auf weitere Forschung zu beruhigen, würde ich für einen methodischen Fehler halten. Und wenn es wirklich so wäre, dass rechtlich abgestorbene Klauseln, welche die Urkundenschreiber gedankenlos nachschrieben, in den germanischen Reichen neuen Inhalt empfangen hätten, so würde die Rechtsgeschichte unsrer Order- und Inhaberpapiere mit diesem Rechtsinhalte beginnen und das, was weiter zurückliegt, nur antiquarisches Interesse haben.

Da das germanische Urkundenwesen aus dem römischen hervorgegangen ist, liegt es allerdings sehr nahe, den Keim der Order-

---

[1] [Der Dritte trat, wie ich glaube, formell als Mandatar auf. Auch wenn es ihm etwa freistand, sich bei Eintreibung der Schuld als Cessionar auszuweisen (Z. f. RG. X 375), so bleibt es doch fraglich, ob er eine gerichtliche Klage in eigenem Namen erheben konnte. Vgl. oben S. 603, Anm. 1. Wem stand bei Widerstand gegen den beauftragten Exequenten die δίκη ἐξούλης zu? Dem namentlich genannten Gläubiger oder seinem missus? Doch wohl nur jenem. Wenigstens heisst es in der Urkunde über das Darlehen des Alexandros a. O. S. 370 f.: ὡς ὠφληκὼς δίκην Ἀλεξάνδρωι ἐξούλης.]

[2] [Sich mit der römischen Orderanweisung, die mir noch recht unsicher zu sein scheint, abzufinden, bleibe den Fachromanisten überlassen. Für die fränkisch-romanische Urkunde käme sie höchstens mittelbar in Betracht. Für l. 11, Dig. 46, 2 nehme ich mit Gradenwitz an, dass die Person des Vierten im voraus bestimmt ist, gerade so wie der Empfänger des Versprechens in l. 2, § 1, Dig. 24, 3 dem Promittenten vorher genannt ist: ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit, d. h. der Vater und die in seiner Gewalt befindliche Tochter (filius bei Goldschmidt a. O. S. 391 ist offenbarer Druckfehler). Auf einen vorher zu Nennenden ist auch Cato 146, 2: recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui iusserit promittito, zu deuten, eine Stelle, auf welche Herr Kollege Gradenwitz mich aufmerksam machte.]

[3] [Die ältesten Fundstellen der fränkischen Zeit rücken mit dem vermutlichen Alter der Formulae Andegavenses in das siebente Jahrhundert hinauf.]

und Inhaberklauseln im römischen Vulgarrechte zu suchen [1]. Da nun die älteste der hier untersuchten Klauseln, die Exaktionsklausel (cui dederis cautionem exigendam), sich sowohl in den fränkischen Formelsammlungen als auch in den italienischen Urkunden findet, und zwar in diesen schon vor der Eroberung des Langobardenreiches, so ist es von vornherein sehr wahrscheinlich, dass sie dem spätrömischen Urkundenstile entstamme. Der Ausdruck cautiones exigere, cautiones exigendas dare ist in spätrömischer Zeit technisch [2]. Die spätrömische Urkundenpraxis könnte sie benutzt haben, um die Konstitution vom Jahre 293, Cod. Iust. II, 13, 1, zu umgehen, welche die Cession der Forderung an eine einflussreichere Person verbot, falls sie in der Absicht geschah, den Schuldner durch Vorschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachteiligere Lage zu versetzen. So würde es sich auch erklären, dass Honorius und Theodosius sich im Jahre 422 veranlasst sahen (Cod. Theod. II, 13, 1, Cod. Iust. II, 13, 2), den Verlust der Forderung auszusprechen, si *cuiuscunque modi* cautiones ad potentium fuerint delatae personas. Das Edikt des Ostgotenkönigs Theoderich wiederholt das Verbot in c. 122: amittant repetitionem debiti creditores, qui cautiones debitorum suorum potentibus tradiderint, et per eos magis exactionem mutuae pecuniae voluerint procurare. Dass trotz dieser Verbote die Exaktionsklausel in Urkunden und Formeln örtlich etwa eine Zeit lang fortlebte, bis sie den germanischen Rechten gegenüber neue praktische Bedeutung erlangte, dürfte angesichts der Zähigkeit des Urkundenformalismus nicht wunder nehmen.]

3. Die Begebung der Urkunde als rechtsgeschäftlicher Formalakt.

Bei gewissen Papieren „über Waren oder andere bewegliche Sachen“ ist nach unserem heutigen Rechte „die Uebergabe des

[1] [Als die vorliegende Untersuchung zuerst erschien, wusste man noch nichts von einem römischen Vulgarrechte. Erst 1880 habe ich es in meinen Untersuchungen zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde versucht, Namen und Begriff in die rechtshistorische Litteratur einzuführen. Jetzt scheint mir die Gefahr vorzuliegen, dass der Begriff zu weit ausgedehnt und der Ausdruck als Schlagwort verbraucht werde.]

[2] [Interpretatio zu Cod. Theod. II, 13, 1: qui cautiones exigendas potentibus dederint, omne debitum perdant. Siehe noch die Stelle aus Gregor von Tours oben S. 534 und vgl. oben S. 556 f.]

Papiers der Uebergabe der Waren oder anderen beweglichen Sachen" reichs- oder landesgesetzlich gleichgestellt [1]. Die Begebung des Papiers kann in manchen Beziehungen dieselben rechtlichen Wirkungen begründen, wie die Uebergabe der Waren selbst. Man kann diese Papiere, welche im wesentlichen zur Gruppe der Warenpapiere gehören, aber nicht damit identifiziert werden dürfen, — denn es gibt auch Warenpapiere, deren Tradition die dingliche Wirkung der Warenübergabe nicht erzeugt — als Traditionspapiere zusammenfassen [2]. Beispiele bieten das Konnossement, der
[526] Ladeschein und der Lagerschein, sowie die Warenanweisung (Auslieferungs-, Extraditionsschein) des preussischen Landrechts [3].

Die Keime des heutigen Traditionspapiers finden sich bereits in der fränkisch-romanischen Urkunde. Schon in der fränkischen Periode und in den unmittelbar folgenden Jahrhunderten dient die Uebergabe der Urkunde in umfassender Anwendung als ein Akt zur Begründung und Uebertragung von Rechten, welche den Gegenstand der Beurkundung bilden. Indem wir die rechtliche Bedeutung ins Auge fassen, welche der Begebung der Urkunde im Gebiete der Sachen- und Statusrechte zukam, schreiten wir zwar über den Rahmen des Wertpapiers grundsätzlich hinaus, doch tritt dabei zugleich die Bedeutung des Präsentations- und des Inhaberpapiers und die Begebung der Cautio in helleres Licht.

Die Investitur.

Die Uebertragung des Eigentums an Liegenschaften erheischte nach dem älteren deutschen Rechte zwei rechtliche Akte, erstens ein Veräusserungsgeschäft (Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w.),

---

[1] Diese Fassung ist im Anschluss an § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 gewählt worden.

[2] Ein solcher zusammenfassender Ausdruck ist systematisches Bedürfnis; denn die Wendung des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung § 14: Konnossemente und ähnliche Papiere etc. ist für die juristische Systematik unbrauchbar. Die Traditionspapiere bilden eine Unterart der Dispositionspapiere, von welchen diejenigen, die nicht Traditionspapiere sind, bloss einen obligatorischen, nicht einen sachenrechtlichen Begebungseffekt erzeugen. Oder mit andern Worten: die Dispositionspapiere sind entweder sachenrechtliche (Traditionspapiere) oder bloss obligatorische Dispositionspapiere.

[3] Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, S. 707. 767. 771 ff., Anm. 17. 19. 20, S. 774 ff.; Endemann, Handelsrecht S. 360, welcher

zweitens die Investitur[1]. Beide Akte mussten vorliegen, damit [527] Eigentum übergehe, einer allein genügte nicht[2]. Die Investitur fand zuerst ausnahmelos auf dem Grundstücke selbst statt, sie bestand in der rechtsförmlichen realen Besitzeinweisung, deren Förmlichkeiten nach den verschiedenen Stammesrechten variierten. Eine mit dieser Investitur ursprünglich stets verbundene und daher nicht besonders unterschiedene Handlung war die Auflassung[3], eine Erklärung des Veräusserers, vermöge deren er sich von dem Gute lossagte. Von den langobardischen Urkunden überliefern einzelne dafür die Formel: Dico me meosque omnes exinde a praesenti die foris exissent. Der fränkische Verkäufer urkundet: me exinde expuli, warpivi et absacito feci et parti N. ad suam proprietatem habendum reliqui. In der fränkischen Rechtsterminologie ist für diesen Akt der Ausdruck se exitum dicere[4] geläufig. Die Erklärung war von symbolischen Handlungen, insbesondere von dem Darreichen oder Zuwerfen der festuca begleitet, und heisst daher fränkisch exfestucatio, warpitio.

Neben der realen [oder körperlichen] Investitur bildet sich schon in fränkischer Zeit als ein rechtlicher Ersatz eine symbolische Investitur aus, welche die Auflassung samt begleitenden Symbolen von der körperlichen auf dem Grundstücke vorgenommenen Besitzeinweisung lostrennt und mit den Rechtswirkungen der letzteren ausstattet. Damit erlangt die Auflassung, früher ein Zubehör der körperlichen Investitur, selbständige rechtliche Bedeutung. Eine solche symbolische Investitur ist nach fränkischem wie nach langobardischem Rechte die im Anschluss an ein gericht- [528] liches Urteil erfolgende gerichtliche exfestucatio oder (lang.) refutatio.

---

durch die Identifizierung der Dispositionspapiere mit dem Warenpapiere sich eine durchgreifende juristische Konstruktion unmöglich gemacht hat.

[1] Sohm, Eheschliessung S. 79; vgl. meine Anzeige in der Jenaer Literaturzeitung 1876, Art. 439, wo ich die Punkte formuliert habe, in welchen ich von Sohm differiere. [Eingehender wird über diese Materie gehandelt in meiner RG. der röm. und germ. Urkunden S. 272. 113 ff. Ich gebe im folgenden den Text der ersten Auflage, ohne ihn aus der jüngeren Arbeit zu ergänzen.]

[2] Etwa wie nach heutigem bayrischen Rechte sowohl notarielle Verbriefung des Vertrags als auch Tradition zur Uebertragung des Eigentums an Liegenschaften notwendig sind, ohne dass jene oder diese allein den Eigentumserwerb zu vermitteln im stande ist.

[3] Sohm a. O. S. 83.

[4] Gleichbedeutend ist absacire, se absacitum facere.

Langobardische Urkunde von 1022. Vor den Gewaltboten des deutschen Königs wird wegen eines Rechtsstreites um ein Grundstück eine Inquisitio durchgeführt. Nach deren Abschluss erklären die Beklagten, dass sie des Klägers Recht nicht weiter bestreiten. Statim eodem loco per lignum, quod in suis detinebat manibus, suprascripta res . . . in manibus eidem Winizo . . per iudicium iudicis refluctaverunt et a proprium investierunt a (ad) pars ipsius monasterii. Et launebild . . acceperunt pro suprascripta *reflutatione* seo *investitura*. Ficker, Forschungen IV 70, nr. 48 aus dem Staatsarchiv von Siena.

Für das fränkische Recht darf die gerichtliche Auflassung als bekannt vorausgesetzt werden[1]. Selbstverständlich ist es für [529] das Wesen und die Wirkung der gerichtlichen Investitur vollständig gleichgültig, ob das Urteil, als dessen Erfüllung sie stattfindet, auf einen wirklichen Rechtsstreit oder auf einen Scheinprozess hin ergangen ist, wie er im fränkischen und im langobardischen Rechtsleben zur stärkeren Sicherung des Eigentumserwerbs angewendet wurde.

---

[1] Vgl. meine Ausführungen in v. Holtzendorffs Encyklopädie, schon erste Auflage 1870, S. 177, ferner in „das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde" (Festgaben für Heffter S. 157 ff.). Unerfindlich ist mir, wie Stobbe, D.PR. II 168, Anm. 5 bei seiner gewohnten Exaktheit sagen konnte: „Die Annahme von Heusler und Brunner, Gerichtszeugnis S. 160 f., dass die Auflassung bereits in alter fränkischer Zeit sich in prozessualischen Formen bewegte, wird von Laband, Recension S. 384 ff., dahin modifiziert, dass dies in alter Zeit doch nur gelegentlich vorkam und erst allmählich in der folgenden Zeit die Auflassung diesen Charakter annahm." Das Verhältnis der Ansichten ist, soweit ich in Frage komme, ein andres. Gerichtszeugnis S. 161 bezeichnete ich die Auflassung als einen vom Veräusserer vorgenommenen aussergerichtlichen oder gerichtlichen Formalakt. Laband dagegen erklärt S. 410 seiner Rezension von Heuslers Gewere gegen Stobbe polemisierend, der von gerichtlicher und aussergerichtlicher Auflassung spreche, die Auflassung sei ein gerichtliches Urteil, das im echten Ding auf Grund eines Scheinprozesses ergehe. Dieser Ausspruch kann meine Ansicht unmöglich in der von Stobbe angedeuteten Weise modifizieren. Uebrigens ist er nicht haltbar. Die Auflassung war nie ein Urteil, sondern eine Parteihandlung, die auf Grund eines Urteils erfolgen konnte, aber auch sonst vorkam. Das Urteil auf Auflassung mochte durch einen Scheinprozess provoziert werden. Dass es auch infolge eines wahren Rechtsstreites ergehen konnte, wäre selbstverständlich, auch wenn es an Quellenzeugnissen gebräche. Vgl. Sohm, Eheschliessung S. 83, Anm. 15 und meine citierte Anzeige.

Eine andere bisher regelmässig übersehene Art der symbolischen Investitur besteht in der rechtsförmlichen Begebung der Veräusserungsurkunde [1].

Die investitura per cartulam.

Die lebendigste Anschauung dieser Investitur liefern die italienischen Rechtsquellen, nämlich die Veräusserungsurkunden und eine Formel des Cartularium Langobardicum [2]. Die Vertragsparteien geben bei der Auflassungshandlung mündliche Erklärungen ab, welche die Veräusserungsurkunde mit grösserer oder geringerer Ausführlichkeit in sich aufnimmt. Diese Erklärungen sind formeller Natur. Es müssen gewisse hergebrachte, nach den verschiedenen Stammesrechten verschiedene Ausdrücke gebraucht werden. So erklärt z. B. der Verkäufer dem Käufer das Eigentum des Grundstücks zu übertragen sine omni sua et suorum heredum contradictione, wenn er ein Langobarde, sine omni sua et heredum ac proheredum contradictione vel repeticione, wenn er ein Franke, Alemanne, Gote, Bayer oder Burgunder ist. Bei den nichtlangobardischen Stämmen bildet ferner die warpitio, das se exitum dicere, einen wesentlichen Bestandteil des Veräusserungsformulars. Der Verkäufer verspricht sodann Gewährschaft zu leisten, bestätigt [630] den Empfang des Kaufpreises und überreicht dem Käufer das Pergament, welches als Veräusserungsurkunde zu dienen bestimmt ist. Bei den Franken, Alemannen und Goten werden die Traditionssymbole, Stab und Messer, Torf und Zweig, Handschuh und Tintenfass auf das Pergament gelegt und wird dieses samt jenen Symbolen übergeben. Bei den Bayern und Burgundern fällt das Messer aus. Einen Anhang der Auflassungserklärungen bildet das Strafgedinge für den Fall der Vertragsverletzung.

Nach der Uebergabe des Pergaments wird das Geschäft durch die aufzurufenden Zeugen manufirmiert. Diese manufirmatio, roboratio, ist nicht, oder doch nicht immer als ein Unterschreiben oder Unterzeichnen der Zeugen aufzufassen. Die Zeugen nehmen vielmehr nur eine symbolische Handlung vor, indem sie die Hände auf das Pergament legen, das Pergament berühren. Das Cartu-

---

[1] Siehe meine citierte Anzeige von Sohms Trauung und Verlobung.
[2] Mon. Germ. LL. IV 595, forma 2.

larium Langobardicum nennt diese Thätigkeit der Zeugen tangere und schreibt vor, dass sie zur Zeugenschaft aufgefordert werden sollen mit den Worten: totos vos rogo tangere.

Schliesslich schreibt oder vollzieht der gegenwärtige Notar oder Schreiber die Veräusserungsurkunde, um sie dann dem Erwerber einzuhändigen. Im juristischen Sinne erfolgt das scribere cartulam nach der Uebergabe des Pergaments. Dahin deutet ja auch die Rolle, welche das Tintenfass unter den Traditionssymbolen spielt [1]. Denn wenn die Urkunde schon geschrieben war, wozu dann die Uebergabe des Schreibzeugs? Allein thatsächlich mag in den meisten Fällen die Urkunde in ihrem Hauptteile nach feststehendem Formular vor der Uebergabe geschrieben worden sein, so dass sich die schliessliche Thätigkeit des Notars auf die Vollziehung der Urkunde, das complere, deplere oder suplere beschränkte. War aber die Urkunde auch faktisch schon vor der traditio cartulae mehr oder minder vollständig vorhanden, so galt sie doch im Rechtssinne vor der Vollziehung nicht als Urkunde, sondern als
[531] ein Pergamentblatt und wurde deshalb nach dem Formalismus des Geschäftes die Wendung gebraucht: trade huic notario ad scribendum (pergamenam). Mitunter ergibt sich aus den Subskriptionen der Notare selbst, dass die Urkunde vor der Uebergabe an den Notar geschrieben worden war. Post testibus rovorata ea (cartula) in presentia eorum relecta post tradita complevi et dedi. Memorie di Lucca V 2, nr. 162. Da die roboratio per testes der Vollziehung der Urkunde vorausging, so musste diese schon vor der Begebung geschrieben worden sein, um den Zeugen vorgelesen werden zu können. Ego qui supra Arimund hanc cartolam ad me (a me) fata manu propria est tradita et precio accepto conpleui et dedi. Mon. Patriae Chart. I 23, nr. 13, von 788. Auf ähnliche Vorgänge weisen Wendungen wie folgende: Ego notario scriptor post tradita et rovorata complevi et dedi; post roborata . . et presentia testium super altario ponente vidi, deplevi et dedi; post tertiam rovorationem complevi et dedi; post traditam subscribsi, complevi et dedi [2].

---

[1] Michelsen, Ueber die festuca notata S. 20.

[2] Memorie di Lucca V, 2, nr. 19. 35. 36. 37. 44. 46. 50. 51. 54. 59. 65. 68. 69. 70. 79. 82 und öfter. Ebenso in zahlreichen Urkunden des Codex dipl. Lang.

Sowie die Begebung der Urkunde in dem Formalismus der Investitur als das auffallendste Moment hervortritt, um welches sich die übrigen Symbole und Handlungen als Zuthaten gruppieren, so ist es auch die Uebergabe und nicht die Abfassung der Urkunde, welche den rechtlichen Mittelpunkt des ganzen Geschäftes bildet. Das Cartularium Langobardicum gibt daher dem ganzen Akte, wenn die Investitur auf Grund eines Kaufes erfolgt, die Bezeichnung traditio vendicionis, das heisst: Uebergabe einer Verkaufsurkunde[1]. Auch die Zeugen sind nicht etwa Zeugen der Be- [532] urkundung des Aktes, sondern Zeugen der Begebung des Pergamentes, wie das schon daraus hervorgeht, dass sie vor der Vollziehung der Urkunde zur Stätigung des Vorgangs aufgerufen werden[2].

Aus der rechtlichen Bedeutung des Begebungsaktes erklärt es sich auch, dass man es nicht vorzog, die Urkunde, was doch viel einfacher gewesen wäre, vor der Begebung vollständig ausfertigen zu lassen, um sofort die vollzogene Urkunde zu begeben. In all den Fällen, wo die Begebung der rechtlich relevante Akt war, hätte ein solches Vorgehen der Privaturkunde nach der älteren Auffassung des Urkundenbeweises den Charakter eines Zeugnisses über die rechtlich entscheidende Handlung benommen. Sollte die cartula als Gegenstand der Begebung und als Zeugnis über die Begebung dienen können, sollte die Urkunde ihre eigene Begebung bezeugen, so durfte nicht eine schon vollzogene Urkunde begeben werden.

Das germanische Rechtsleben beschränkte sich nicht darauf, die Urkunde äusserlich dem Investiturakte einzufügen, indem es sie zum Träger der Investitursymbole machte, sondern man hat nicht selten eine dauernde Verbindung der festuca mit der Ur-

---

[1] Urkunden, Formeln und Leges bezeichnen nicht selten die Urkunde mit dem Namen des beurkundeten Geschäfts, der beurkundeten Handlung. Venditio, donatio etc. sind in solchem Falle nicht mit Verkauf, Schenkung etc., sondern mit Verkaufsurkunde, Schenkungsurkunde etc. zu übersetzen. Vgl. forma 15, LL. IV 598.

[2] Ueber die Unterscheidung von Handlungs- und Beurkundungszeugen vgl. Ficker, Beiträge zur Urkundenlehre I 241 ff. Ungenau ist es, wenn er S. 98 sagt, bei den älteren Urkunden seien die Zeugen zugleich Zeugen der Handlung und der Beurkundung, denn sie sind nur Zeugen der Handlung, zu welcher in gewissen Fällen die Begebung der Urkunde als ein wesentlicher Teil derselben gehört.

kunde hergestellt, indem die festuca an die Urkunde angehängt oder angeheftet wurde. Schon Michelsen hat auf diese That-
[533] sache hingewiesen[1]. Ich füge seinen Angaben hinzu, dass die Sitte auch durch Salernitanische Urkunden bestätigt wird. Hier heisst das Stäbchen, welches man anderwärts als festuca bezeichnet, gambetta. Und nach einer Mitteilung Morcaldis hat man die gambetta nicht selten an der Traditionsurkunde befestigt[2].

In Churrhätien scheint es gebräuchlich gewesen zu sein, die Urkunde ebenso, wie das bei der festuca vorkam, zuzuwerfen. Die Datierung lautet hier mitunter: traiecit et fecit cartam, tracta est carta[3].

Der geschilderte Akt der Urkundenbegebung wird in den Quellen gelegentlich ausdrücklich als Vestitur bezeichnet.

967. Der nach salischem Rechte lebende Veräusserer erklärt: Insuper per cultellum, fistucum notatum, wantonem et wasonem terre atque ramum arboris tibi exinde presentaliter coram testes legitimam facio tradicionem et *vestituram* et me exinde foris expulli, warpivi et ausacito feci et tibi ad tuam proprietatem reliqui facientes exinde a presenti die . . . iure proprietario nomine quicquid volueritis . . Et *bergamela* cum atramentario dextra elevans Dodoni notarius et iudex sacri palacii tradedi et scribere rogavi. Codex diplom. Lang. I, col. 1222, nr. 702.

898. Der Verkäufer, allem Anschein nach ein Langobarde, erklärt: Casis et rebus . . tibi . . vindo, trado, mancipo et *per presentem cartola* presentaliter corporaliter traditionem et *vestituram* facere videor ad possidendum. Codex dipl. Lang. I, col. 622, nr. 375.

[534] Die symbolische Handlung wird auch in solchen Fällen

---

[1] Ueber die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik (1856) S. 12 ff. Dass neben der Urkunde der Stab zum Zweck der Aufbewahrung übergeben wurde, zeigt deutlich eine Urkunde von 1029, betreffend die Schenkung eines Hofes an Obermünster: baculo quoque nostro eiusdem imperialis concessionis investituram eidem monasterio contulimus, baculum quoque in testimonium ibidem reliquimus, citiert bei Ficker, Urkundenlehre I 113. Vgl. die Nachricht bei Grimm, Rechtsalt. S. 133.

[2] Einleitung zum Codex Cavensis I, S. XLI, Anm. 2.

[3] Ficker, Urkundenlehre I 70.

Vestitur genannt, in welchen sich aus dem Inhalt und aus dem Actum der Urkunde deutlich ergibt, dass sie nicht auf dem tradierten Grundstück selbst, sondern ausserhalb desselben stattgefunden hat.

970. Elmericus, qui vixit lege Alamannorum, veräussert an einen Diakon von Bergamo zwei Grundstücke, die in dem Dorfe Jusianica (Sonico) gelegen sind. Insuper per coltellum, festucum notatum, wantone, wassone terre adque ramum arborum[1] tibi exinde presentaliter facio corporale vistitura et me exinde foris expuli, warpivi, absasito feci, tibi . . ad tuam proprietatem vistitura habendum relinquo . . et bergamena cum atramentario de terra levavi . . Actum civitate Bergamo. Cod. dipl. Lang. col. 1259, nr. 721.

971. Der Verkäufer Andreas, welcher sich zu salischem Rechte bekennt, veräussert verschiedene teils in, teils ausser Bergamo gelegene Grundstücke. Et insuper per cultellum etc. ego ipse vinditor tibi emtori persumtalem (presentalem) facio tradicionem, corporalem vestituram et me exinde foris expelli, warpivi et absasito feci et te ad tuam proprietatem abendum vestitus relinqui . . . Actum civitate Bergamo. Cod. dipl. Lang. col. 1269, nr. 728.

Nach der ausdrücklichen Fassung zahlreicher Urkunden erfolgt die Eigentumsübertragung durch die Begebung der Veräusserungsurkunde.

837. Der Schenker ist invalidus infirmitate und schenkt zwei Grundstücke in Jobi bei Salerno. Dono adque per an (hanc) cartulam trado tibi duas pette de terra . . . Actum Salerno. Cod. Cav. I 18, nr. 17.

966. As (has) pecias de vites . . inter se commutaverunt, [585]
sibi unus alteri commutacionis nomine per as paginas tradiderunt. Codex dipl. Lang. col. 1211, nr. 696.

Die rechtsförmliche Uebergabe der Urkunde hat sonach für den Erwerb der von der Uebergabe des Grundstücks abhängigen Rechte dieselben rechtlichen Wirkungen, wie die

[1] Der wandelang, welchen man nach dem Cartul. Lang. in dieser Urkunde erwarten müsste, fehlt. Vgl. Grimm, Rechtsaltertümer S. 558.

reale Investitur. Bei Kauf, Tausch, Schenkung und jedem Veräusserungsgeschäfte, das den Eigentumserwerb des andern Teiles bezweckt, bewirkt die investitura per cartulam den Eigentumsübergang, wie und soweit ihn die reale Investitur bewirkt hätte. Wer per cartolam investiert worden, hat ebenso die Gewere, als wäre er auf dem Grundstücke selbst in den Besitz eingewiesen worden; er gilt nach aussen hin als Vertreter des Grundstücks, ist als Kläger und Beklagter bezüglich des Grundstücks legitimiert und siegt im Rechtsstreite gegen denjenigen, der die Sache später von demselben Auktor, sei es auch durch eine körperliche Investitur, erhalten hat[1].

Die italienischen Rechtsquellen kennen die Auflassung mittelst Urkundenbegebung als eine in Italien von den Angehörigen der verschiedensten deutschen Stämme befolgte Rechtssitte. Aber auch deutsche Volksrechte bezeugen sie. Bei den Alemannen und Bayern wurde die investitura per cartulam mit der deutlich erkennbaren Absicht geregelt, die Uebertragung des Grundeigentums im Interesse der Kirchen zu erleichtern. So verstehe ich die vielbesprochenen Anfangskapitel der alemannischen und der bayerischen Lex.

Lex Alam. I, 1: et qui voluerit hoc facere, per cartam de rebus suis ad ecclesiam, ubi dare voluerit, firmita-
[536] tem faciat et testes sex vel septem adhibeat et nomina eorum ipsa carta contineat et coram sacerdote, qui ad eandem ecclesiam deservit, super altare ponat. Et proprietas de ipsis rebus ad illam ecclesiam in perpetuo permaneat.

Lex Baiuw. I, 1: Et tunc ipsam epistolam ponat super altare et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote.

Das alemannische Volksrecht hat sich nicht damit begnügt, der investitura per cartulam zu Gunsten der erwerbenden Kirche die eigentumbegründende Kraft der realen Investitur beizulegen, sondern sie hat die Begebung der Erwerbsurkunde ausserdem zur unumgänglichen Voraussetzung gemacht, damit ein Laie Besitzrechte an Kirchengütern erwerben könne. Ja der Besitz der Erwerbsurkunde wird thatsächlich zu dem ausschliesslichen Mittel

---

[1] Vgl. meine Anzeige von Sohms Trauung und Verlobung in der Jenaer Literaturzeitung a. O.

erhoben, um der Kirche gegenüber das erworbene Besitzrecht prozessualisch zu behaupten. Denn die Kirche soll das Prozessprivilegium geniessen, dass ihr gegenüber jeder andre Beweis als der durch die Erwerbsurkunde ausgeschlossen ist.

> Lex Alam. Hloth. XVIII: Et si carta non ostenderit, ut comparasset aput pastorem ecclesiae, possessio semper ad ecclesiam pertineat.

Von einer in mallo stattfindenden investitura per testamentum [537]
handelt die bekannte Stelle der Lex Ribuariorum tit. LIX, 1.

> Si quis alteri aliquid vendiderit et emtor testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet et pretium in praesente tradat et rem accipiat et testamentum publice conscribatur[1].

Vergleichen wir diese Bestimmungen mit der Darstellung der [538]
symbolischen Investitur im Cartularium Langobardicum, so finden wir in ihnen alle wesentlichen Stücke der letzteren. Der Erwerber soll vor Gericht das testamentum entgegennehmen, worunter nur das Pergament oder eine unvollzogene Verkaufsurkunde[2] verstanden werden kann, da ja erst hinterher die Ausfertigung der Urkunde geschehen soll. Der Erwerber soll rem accipere, was nur die festuca, Torf und Zweig und die sonstigen Traditionssymbole bedeuten kann, weil ja die Handlung nicht auf dem Grundstücke selbst, sondern vor Gericht stattfindet. Eine nachfolgende oder vorausgehende reale Investitur ist neben der symbolischen Investitur zum Eigentumserwerb nicht erforderlich; denn Titel LX schreibt eine solche ausdrücklich nur für den Fall vor: si quis villam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparavit et testamentum accipere non potuerit. Wenn der per testamentum Investierte in der Antwort auf die Klage um das Grundstück nach L. R. LIX, 8 erklären soll: non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo, so liegt in dieser Antwort nicht bloss eine Berufung auf ein Beweismittel, sondern auch eine Berufung auf die Erwerbsart. Bekanntlich sind Titel 57 bis 62 der Lex Ribuaria das Ergebnis einer königlichen Satzung, welche Sohm[3] als ein

---

[1] [Die Uebereignung durch traditio cartae stammt aus dem römischen Vulgarrechte. H. Brunner, Zur RG. der röm. und germ. Urkunde I 113 ff.]

[2] Nach Analogie der tabulae in Lex Ribuaria LVIII, 1. Ueber die manumissio per tabulas unten S. 627 f.

[3] Entstehung der lex Ribuaria, Zeitschr. f. RG. V 66.

Werk Childeberts II. in das Ende des sechsten Jahrhunderts setzt. Die rechtliche Bedeutung der in LIX, 1 enthaltenen Neuerung beruht nicht etwa in der Vorschrift gerichtlicher Ausfertigung der Erwerbsurkunde[1], sondern darin, dass die Investitur mittelst Ur-
[539] kundenbegebung der realen Investitur rechtlich gleichgestellt wurde, wenn sie in mallo stattfand, mit andern Worten, dass in der gerichtlichen traditio testamenti eine symbolische Investitur geschaffen wurde[2]. Einen Scheinprozess setzt diese Art der Auflassung durchaus nicht voraus; es liegt nicht der geringste Grund vor anzunehmen, dass sie infolge eines gerichtlichen Urteils stattfinden musste und nur zur Herbeiführung eines solchen Urteils wäre ein Scheinrechtsstreit erforderlich gewesen. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, die Auflassung per testamentum, obzwar sie in mallo erfolgte, nicht als gerichtliche Auflassung zu bezeichnen, vielmehr diesen Ausdruck in technischer Anwendung auf die Investitur als Urteilserfüllung zu beschränken. Denn dies ist der juristisch entscheidende Gesichtspunkt der gerichtlichen Auflassung, während bei der Auflassung durch Urkundenbegebung die Gerichtlichkeit nach ribuarischem Rechte nur ein accessorisches Erfordernis ist und nach andern Rechten vollständig fehlen kann[3].

Die investitura per cartam erscheint auch im englischen Rechte und zwar als sogen. livery in deed. Das englische Recht geht von dem Grundsatze aus, dass zum Erwerb des Eigentums an körperlichen Sachen die livery of seisin, die Uebertragung der

[1] Darin erblickt sie Heusler, Gewere 6 ff., welcher die Tradition des Grundstücks an Ort und Stelle neben dem Verfahren von L. R. LIX, 1 für erforderlich betrachtet. Gegen Heusler spricht sich Laband aus in der Kritischen Vierteljahrsschrift XV 387 ff., ohne seinerseits die Stelle zu erklären.

[2] Selbstverständlich war es niemand verwehrt, sich über den Erwerb eines Grundstücks eine aussergerichtliche Urkunde zu verschaffen. Allein die aussergerichtliche Begebung der Urkunde hatte nicht die rechtliche Wirkung der Investitur und bewirkte keinen Eigentumsübergang; diesen konnte dann nur die reale Investitur auf dem Grundstücke selbst bewirken. Die gerichtliche Begebung der Urkunde hat nach der L. R. deren Vollziehung vor Gericht zur notwendigen Folge; diese setzt jene voraus, weil sie ja rechtlich nur als ein Teil des ganzen Begebungsaktes erscheint.

[3] Man erwäge das ponere super altare in der Lex Baiuw. und in der Lex Alam. oben Seite 616, sowie in italienischen Urkunden. Auch das westgotische Recht kannte eine Investitur per traditionem scripturae. Lex Wisig. V, 2, c. 6. Vgl. Beseler, Erbverträge I 45. Wohl auch das burgundische. Lex Burg. 43. 99.

Gewere nötig sei[1]. Eine Art der livery of seisin ist die livery in [540]
deed, von welcher Coke in seinem Kommentar zu Littleton 48a und 49b und nach ihm Gundermann, Englisches Privatrecht S. 206 eine eingehende Beschreibung geben. Deed ist die gesiegelte Privaturkunde. Bei der livery in deed fassen Veräusserer und Erwerber die Urkunde an, der erstere übergibt neben der Urkunde ein Symbol, einen Thürring oder Riegel, einen Baumast oder Zweig, ein Stück Rasen, indem er erklärt: Here J deliver you seisine and possession of this house in the name of all the lands and tenements contained in this deed according to the form and effect ot this deed. Nach Blackstone wurde die livery in deed früher in Fällen bedingter und beschränkter Uebertragung gebraucht, für welche die körperliche Investitur ursprünglich untauglich war. Doch werde seit einer langen Reihe von Jahren kein selbständiger Gebrauch mehr davon gemacht, sondern sie werde nur noch in Verbindung mit der realen Investitur angewendet[2]. Die Zeugen sind bei der livery in deed Handlungs- nicht Beurkundungszeugen, sie müssen eventuell die Uebergabe (delivery) der Urkunde bezeugen[3].

Durch die hiermit nachgewiesene Investitur vermittelst Urkundenbegebung ist ein weittragendes Prinzip der älteren Rechtsentwickelung gewonnen. Denn die Wirkung der traditio cartulae modifiziert nicht nur die üblichen Ansichten über die Gewere, sondern sie schneidet auch tief in die Grundsätze des Vertragsrechtes ein. In Fällen, wo es sonst scheinbar an jeder Form des Rechtsgeschäftes gebricht, was z. B. bei urkundlichen Schenkungen manchmal zutrifft, ist wenigstens durch die Begebung der Urkunde eine solche Form gewonnen. Die investitura per cartulam eröffnet uns zugleich für manche Probleme des ältesten germanischen Urkundenwesens das richtige Verständnis durch die Thatsache, dass die Urkunde als Symbol des Vertragsformalismus angewendet
wurde, ein Punkt, der noch im Schlussabschnitte zur weiteren Er- [541]
örterung gelangen soll. Auch in der Diplomatik dürfte die Begebung der Privaturkunde wenigstens für die fränkische Zeit einer

---

[1] Britton II, ch. 2, § 10 i. f. Al purchaz des choses corporeles ne suffit nul doun sauntz le bayl de la seysine.

[2] Blackstone, Commentaries II 314.

[3] Gundermann, Engl. Privatrecht S. 213, Anm. 7.

eingehenden Untersuchung wert sein[1]. Sollte nicht auch der Ausdruck Datum bei der Datierung der Urkunden manchmal auf die Begebung der Privaturkunde zu beziehen sein? Im allgemeinen ist ja wohl an die Ausfertigung der Urkunde durch den Notar oder Schreiber, an das „post traditam complevi et dedi" des italienischen Notariatsstils zu denken[2]. Allein wenn in deutschen Privaturkunden der karolingischen Zeit sehr gewöhnlich unter actum der Ort, unter datum die Zeit angegeben ist[3], so würde gerade der rechtlich relevante Zeitpunkt des Rechtserwerbs ignoriert worden sein, wenn das „datum" nicht auf die Begebung, sondern auf die Ausfertigung der Urkunde bezogen werden müsste. Dass in einzelnen Fällen das Datum nicht auf die nachträgliche Beurkundung, sondern auf die vorausgegangene Handlung zu beziehen sei, hat Ficker an Beispielen des zwölften Jahrhunderts nachgewiesen. Durch die Begebung des Pergaments oder der unvollzogenen Urkunde würde das „datum" sich in der einfachsten Weise erklären lassen. Die Beantwortung der hier angeregten Frage möge den Diplomatikern vorbehalten bleiben[4].

Bedingte Investitur als Sicherstellung.

[542] Es ist bekannt und die im Laufe dieser Untersuchung verwerteten Urkunden bieten dafür zahlreiche Belege, dass man Rechtsgeschäfte durch ein Strafgedinge zu sichern pflegte. Meist handelt es sich um eine Geldstrafe, welche im Falle des Vertragsbruches bezahlt werden soll. Mitunter wurde aber die Sicherstellung des Rechtsgeschäfts nicht durch einen obligatorischen Anspruch auf Konventionalstrafe, sondern in der Weise vermittelt, dass dem

---

[1] Ficker hat in seinen Beiträgen zur Urkundenlehre zwar die Begebung der Königsurkunde in eingehender Weise gewürdigt, bei den Privaturkunden aber nur die der rechtlichen Handlung folgende Beurkundung und nicht den Fall „einer Vollziehung der (rechtlichen) Thatsache durch die Urkunde selbst" zum Gegenstande der Untersuchung gemacht (I 63 ff.). Gemeint ist die Vollziehung der Thatsache durch die Begebung der Urkunde selbst.

[2] Den Römern ist das Wort Datum in unsrer Anwendung fremd. Doch sprechen sie von dare litteras, dare epistolam, um die Expedition, die Ausfertigung zu bezeichnen.

[3] Ficker a. O. I 78.

[4] Die Begebung bestimmt auch den Begriff der carta im Gegensatz zur notitia (memoratorium). [Siehe oben S. 596, Anm. 1.]

sicherzustellenden Kontrahenten irgend ein Grundstück des Vertragsgegners als Eigentum verfallen sein sollte, wenn dieser den Vertrag verletzte. Zu derartiger dinglicher Sicherstellung des Vertrags bot die investitura per cartulam eine passende Handhabe. Der sicherzustellende Kontrahent erhielt durch symbolische Investitur das bedingte Eigentum an dem Grundstücke, welches zur Sicherstellung dienen sollte. Die Masse der hierher gehörigen urkundlichen Fälle lässt sich in zwei Hauptgruppen scheiden. Entweder wird die Bedingung, unter der das Grundstück verfallen sein soll, als Suspensivbedingung mit rückwirkender Kraft in die Urkunde eingefügt, die über das Hauptgeschäft errichtet wird. Diese soll im Falle der Vertragsverletzung als eine Veräusserungsurkunde über das Kautionsgrundstück gelten. Der Eigentümer erklärt: wenn ich den Vertrag nicht halte, will ich dir das Grundstück durch Begebung dieser Urkunde unter deren Datum veräussert haben. Oder aber zweitens, es wird eine unbedingte Veräusserungsurkunde übergeben. Die Bedingung wird aber dem Begebungsvertrag als Resolutivbedingung nachträglich angefügt, indem der Empfänger verspricht, die übergebene Urkunde als nichtig und kraftlos zurückzugeben, wenn das sicherzustellende Hauptgeschäft erfüllt sei. Im ersten Falle findet die bedingte Investitur durch Begebung einer bedingten Veräusserungsurkunde, im zweiten Falle durch Begebung einer unbedingten Veräusserungsurkunde statt, welche unter einer Bedingung zurückzugeben ist. Urkundliche [543] Beispiele werden diese Unterscheidung erläutern. Sie gehören [fast] sämtlich Italien an.

Die über das Hauptgeschäft errichtete Urkunde soll als Veräusserungsurkunde über ein Grundstück gelten, falls der Besitzer das dem andern Kontrahenten versprochene Vorkaufsrecht ausser acht lässt.

842. Die Brüder Antipert und Arnipert haben dem Leo die Hälfte ihres Grundstücks verkauft und versprechen ihm, die andre Hälfte, welche sie noch besitzen, keinem Dritten zu veräussern, ohne sie ihm vorher mit zwanzigtägiger Bedenkfrist zum Kauf angeboten zu haben. Nam se ante ipso suprascripto constituto ubique dare presumserimus per quavis modi, primis omnibus *ipsa terra firme abeates per istu scriptu,* sicut per cartulam benditionis et insuper beginti solidi nos vobi cumponere

spondemus. Cod. Cav. I 21, nr. 20. Unter dem istu scriptu ist die vorliegende, das Vorkaufsrecht einräumende Urkunde zu verstehen, welche eventuell als Verkaufsurkunde gelten soll und vermöge dieser Klausel dem an sich persönlichen Vorkaufsrechte absolute Kraft gewährt. Die Investitur ist hier selbstverständlich nur eine symbolische, denn die eventuell veräusserte Hälfte des Grundstücks bleibt im Besitze der Brüder.

882. Mauru nimmt von Angelbertus ein Darlehen von fünf Solidi und verspricht, vor Zahlung dieser Schuld seinen Grundbesitz nicht zu veräussern, ohne das zu veräussernde Objekt vorher dem Gläubiger mit dreissigtägiger Bedenkfrist zum Kauf angeboten zu haben. Et si ante ipso constitutum in quacumque rationem exinde alteri homini dederimus de quantum exinde datum paruerit, sic ipso habeatis firme per isto scriptum asque pretium sicut per cartula vinditionis. Codex Cavensis I 121, nr. 95.

[514] Die über einen Grundstücksverkauf errichtete Urkunde soll zugleich als Veräusserungsurkunde über ein nicht verkauftes Grundstück gelten, wenn bezüglich jenes Geschäftes die versprochene Gewährschaft nicht geleistet werden kann.

843. Erfulo verkauft dem Leo ein Grundstück und verpflichtet sich und seine Erben zur Leistung der Gewährschaft. Wenn aber nach seinem Tode seine Frau Antiperga von dem verkauften Grundstücke ihre Quarta nähme und sich ergäbe, dass seine Erben mit der Gewährleistung des Verkaufs gegen diesen auf das Recht der Quarta gegründeten Anspruch nicht durchdringen könnten: sic bobis anteponimus, ut per istam cartulam liciat bos et bestris heredibus intrare in ipsam terram meam cum arbustum, ubi resedeo, et per adpretiatum exinde appare[1] tantum abere et tollere, quantum bobis exinde ipsam uxor meam tulerit et *per istam cartulam firme abere tamquam si da os diem cartula benditionis fuisset*. Codex Cavensis I 26, nr. 23.

Die über ein Darlehen ausgestellte Schuld- und Satzungs-

---

[1] Ad pare, pari ratione.

urkunde soll als Veräusserungsurkunde über das verpfändete Grundstück gelten, wenn der Schuldner die fällige Schuld binnen bestimmter Frist nicht zahlt.

1113. Ursus verspricht per wadiam dem Abte Constabilis ein Darlehen zurückzuzahlen und verpfändet ihm dafür (per hoc scriptum specialiter obligavit) ein Grundstück samt den zwei darauf bezüglichen Erwerbsurkunden. At si . . non reddiderint (ipsos solidos), iam ab inde inantea partes . . monasterii securiter et pleno iure *habeant per hoc scriptum tamquam per firmam venditionis cartam* totum et integrum *illud, quod* ipse Ursus . . *obligavit* et ambas ipsas cartulas ad faciendum exinde quod voluerint. Doch soll der Gläubiger, wenn das Pfand verfällt, die Hyperocha herausgeben. Ficker, [545]
Forschungen IV 140, nr. 95. Der Besitz und die Nutzung des Pfandobjektes bleiben, so lange das Pfand nicht verfällt, dem Pfandschuldner.

[892 (burgundisch): Ego Sichelmus et uxor . . . inpignoramus vobis vinea . . . pro solidos XVI . . . et si ad tres annos vestros solidos reddere non potuerimus, veniant iusti preciatores super ipsa vinea et quod iustum preciatum fuerit, nobis adimpleatis (die Hyperocha) et post ac die in loco vendicionis permaneat ad abendi, vendendi, donandi . . . Bernard, Chartes de Cluny I 54, nr. 46.]

819. Der Schuldner gibt dem Gläubiger ein Grundstück als Pfand, welches bis zur Zahlung der Schuld in dessen Besitz und Nutzung bleiben soll. Si nos vobis paratos non abuerimus predictos 45 solidos . . . ad reddendum et persoluendum . . . tunc vobis abeatis predictas res in transacto [1], tamquam si vobis eam per cartulam venun-

[1] Habeatis in transacto passt eigentlich nur für das Verfalls-, nicht für das Verkaufspfand. Die langobardischen Quellen sagen von Pfändern, die dem Gläubiger verfallen, transactantur, sunt in transacto. So ist das genommene Pfand, welches binnen bestimmter Frist nicht ausgelöst wird, transactum. Glosse und Expositio zu Roth. 247, Exp. zu Li. 39, Exp. § 8. 9 zu Li. 107, zu Li. 151. Die Mailänder Urkunde von 796 oben S. 561 braucht dafür das Wort fegangas, welches in Li. 147 durch habeat sibi in transacto erläutert wird. Beide Ausdrücke bezeichnen, dass der Gläubiger mit dem Objekte machen kann, was er will, dass es ihm unwiderruflich verfallen sei. Die Glossa

data abuiessemus. Memorie di Lucca V. 2, p. 254, nr. 424 [1].

[546] Die zweite Art der Sicherstellung gehört einer seit dem elften Jahrhundert in Oberitalien ausgebildeten Rechtssitte [2] an, welche die Verpfändung von Grundstücken durch bedingte Begebung einer unbedingten Veräusserungsurkunde ins Werk setzt. Der Schuldner übergibt dem Gläubiger eine Urkunde, durch die er ihm das Grundstück verkauft. Allein thatsächlich ist die Begebung der Urkunde nur eine bedingte. Denn der Schuldner lässt sich sofort vom Gläubiger versprechen, dass dieser bei rechtzeitiger Rückzahlung des Darlehns dem Schuldner die Veräusserungsurkunde restituieren werde und mit ihr das veräusserte Grundstück, falls er in dessen Besitz und Nutzung gesetzt werden soll. Ueber das Versprechen des Gläubigers, die carta venditionis zu restituieren, empfängt der Schuldner einen Revers, eine contracarta, indem er dafür dem
[547] Gläubiger ein Launegild dargibt [3]. Der salische, alemannische,

---

Cavens. erklärt figanti durch: ut semper habeat sibi. Vgl. Boretius LL. IV 363, Anm. 56. Dagegen Bluhme LL. IV 670 und Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden S. 119. Die Erklärung Grimms, Rechtsaltertümer S. 637: Der mit dem Vieh gehende, ambulans in furto, ist unbefriedigend. Mit dem habeat in transacto stimmt in der Bedeutung überein das habeat in discombito der Verpfändungsurkunden des Cartulaire de Redon (ed. De Courson) p. 27, nr. 34 (826), p. 156, nr. 200 (826—840) und öfter. In der langobardischen Rechtsterminologie hat sich die Bedeutung von transactare so sehr verflacht, dass man die Worte transactive, transactionis nomine auch verwendete, um eine feste unwiderrufliche Zuwendung zu bezeichnen. Dare, donare transactibe, in Cod. Cav. II 233, nr. 382, a. 986. [Vgl. oben S. 33, Anm. 3.]

[1] Auf eine Investitur durch Urkundenbegebung ist vielleicht auch der Rechtssatz in Kaiser Ludwigs oberbayrischem Landrecht zurückzuführen, dass bei jeder Verpfändung von Liegenschaften, welche ohne Besitzübergabe erfolgen soll, die Begebung einer gesiegelten Urkunde notwendig sei. Art. 222: Wer dem andern pfant antwurt, daz aigen oder lehen ist und daz pfant dannoch in seiner gewalt beleibt und daz er ez ienem, dem er ez geseczt hat, zehant nicht undertaenig machet, mit welhem geding daz geschicht, da sol er im brief übergeben mit seinem insigel ... Vgl. Von der Pfordten in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte XII 403 und oben S. 531, Anm. 1.

[2] Darüber liegen nunmehr die eingehenden und vielfach auf ungedrucktem Material beruhenden Ausführungen von Val de Lièvre vor. Launegild und Wadia S. 28 ff, 74 ff. Vgl. oben S. 530. Eine besondere carta obligationis war neben der carta venditionis und dem Pfandrevers nicht notwendig.

[3] Val de Lièvre (a. O. S. 65) hat die Bedeutung dieses Launegilds verkannt. Praktisch konstatierte es die Begebung des Pfandreverses durch die

bayerische Gläubiger soll nach der Formel des Cartularium Langobardicum bei der Begebung dieses Pfandreverses das allevare cartam de terra cum atramentario vornehmen. Wird die Pfandschuld nicht zu rechter Zeit bezahlt, so soll das Grundstück für unwiderruflich verkauft gelten, tunc eadem carta venditionis in suo maneat robore, et facias tu et tui heredes dehinc inantea de ipsa pecia de terra proprietario nomine quicquid volueritis[1].

Eine etwas abweichende Praxis bestand in Toskana[2]. Hier wurde gleichfalls eine unbedingte Verkaufsurkunde begeben und vom Notar mit dem Actum, den Namen der Zeugen und der üblichen Formel: ego notarius . . post traditam complevi et dedi, versehen. Hinterher aber erhielt dieselbe Urkunde den Vermerk, dass es sich nur um eine Verpfändung handle. Ista venditionis carta nomine pignoris tali tenore facta est, quod qualicunque die ab hodie usque ad duos proximos annos suprascriptus A. (der Pfandschuldner) reddiderit suprascriptis fratribus (den Gläubigern) . . . solidos mille, . . tunc ista venditio et carta *resolvatur,* reddatur et nichil valeat[3]. Dieser Pfandvermerk wird aber nicht als besondere Urkunde behandelt, er erhält kein besonderes Actum, keine besonderen Beglaubigungsformeln. [548]

Hand des Gläubigers. Juristisch erscheint es als notwendig, wenn man die einzelnen Geschäfte, aus welchen sich die Verpfändung zusammensetzt, nicht nach den inneren Intentionen der Parteien, sondern in ihrer formellen Selbständigkeit betrachtet. Der Schuldner hat gegen Empfang des Darlehns (Scheinkaufpreis) eine Veräusserungsurkunde gegeben, eine Leistung, die in jener Gegenleistung ihre causa hat. Der Uebergabe der contracarta steht formell eine Leistung des Schuldners nicht gegenüber. Da nun aber das langobardische Vertragsrecht prinzipiell an dem Satze festhält, dass der Leistung eine Gegenleistung korrespondieren müsse (in omnibus contractibus . . permutatio continetur), so gibt der Schuldner für den Pfandrevers ein Launegild. Nach dem rein äusserlichen Formalismus des Geschäfts erscheint die Hingabe der contracarta als eine Liberalität des Gläubigers, als eine Gabe, für die er nichts empfängt, wenn er nicht ein Launegild bekommt, so dass auf dieses die Schenkungstheorie immerhin grundsätzlich angewendet werden kann.

[1] Cartularium Langobardicum 9.

[2] Das hat Val de Lièvre a. O. S. 29 ff. in überzeugender Weise dargethan.

[3] Muratori Antiquitates Italicae (1740) III, col. 1161, a. 1146. Weitere Belege bei Val de Lièvre a. O. S. 32, Anm. 1; S. 33, Anm. 1. Nach Urkunde Muratori l. c. col. 1109, a. 1109 wurde neben dem Pfandvermerk auf der Veräusserungsurkunde noch ein besonderer Pfandrevers ausgestellt.

Der Verkauf war nicht das einzige Veräusserungsgeschäft, welches in der angegebenen Weise zur Verpfändung von Grundstücken diente. Eine bedingte Schenkung konnte dieselben Dienste thun, und es finden sich in der That Schenkungsurkunden mit nachfolgender Verpfändungsklausel [1].

Die traditio cartulae als Begründungsakt verschiedenartiger Rechtsverhältnisse.

Die rechtsförmliche Begebung der Veräusserungsurkunde bewirkt den Uebergang des Eigentums unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die reale Investitur ihn bewirken würde. Die Begebung der Urkunde erscheint aber auch als Begründungsakt für andre absolute Vermögensrechte und Statusrechte, sowie als Perfektionsmittel von Schuldverträgen, Fälle, bei welchen der Gesichtspunkt der Investitur und des Traditionspapiers nicht mehr ausreicht.

In Italien werden durch traditio cartulae Grundstücke zu libellarischem oder zu sonstigem Leiherechte ausgethan.

> Cartularium Langobardicum nr. 7: Trade per hanc pergamenam libellario nomine unam peciam . . .
>
> 940. Per hunc scriptum . . tradidimus vobis . . ad laborandum, tenendum predicta ecclesia. Cod. Cav. I 217, nr. 169.

Durch die Uebergabe der cartula erwirbt die langobardische Frau den eherechtlichen Anspruch auf die Quarta an dem Vermögen des Mannes.

> 960. In alia die nuptiarum ante parentes et amicos nostros
> [549] secundum ritus gentis nostre Langobardorum per hunc scriptum morgingab confirmo et trado tibi . . Jaquinte uxori mee, quarta enim partem ex omnibus rebus et substantiis meis. Cod. Cav. I 270, nr. 210.

Durch Begebung der carta iudicati wird in Italien der Dispensator bestellt [2]. Einer solchen Bestellung liegt der Vertragswille

---

[1] Val de Lièvre a. O. S. 74 ff. [Auch die bedingte Belehnung konnte zu Pfandzwecken verwendet werden.]

[2] Vgl. Miller, Das langobardische Erbrecht in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte XIII 103. Nicht cartula und Zeugen (wie es daselbst heisst), sondern die Uebergabe der cartula bildete die Form dieser Geschäfte.

zu Grunde, dass der Dispensator vermöge der traditio cartae im Todesfalle dieselben Rechte an dem Vermögen des Erblassers besitze, als wäre ihm die reale Investitur an den einzelnen Vermögensobjekten zu teil geworden, wie denn bekanntlich der Dispensator der deutschen Volksrechte, der Salmann, durch Auflassung bestellt wurde.

872. Vergabung mit Vorbehalt freier Verfügung: Per oc scriptu do adque trado tibi pro anima mea iudicando omnes rebus mea. Cod. Cav. I 93, nr. 71.

882. Vergabung mit Vorbehalt des Niessbrauchs: Per hunc scriptum tradidi tibi .. omnia rebus substantiis meis ... pro animam meam ... Cod. Cav. I 122, nr. 96.

Durch Uebergabe der carta obligationis werden Grundstücke verpfändet.

972. Et per hoc scriptum abposuit et obligavit[1] nobis .. curte de locum Campiliane. Cod. Cav. I 187, nr. 147.

Die umfassendste Anwendung findet nach verschiedenen deutschen Volksrechten die Begebung der Urkunde als Begründungsakt von Rechtsverhältnissen bei der Freilassung[2]. Das langobardische [550] Recht gestattet die manumissio per cartulam zum Seelenheile, ein Rechtsakt, den die achte Formel des Cartularium Langobardicum unter der Ueberschrift: traditio cartulae libertatis ausführlich darstellt. Der Freilasser übergibt seinem bisherigen Knechte das zur Freilassungsurkunde bestimmte Pergament, ut amodo a presenti die sit liber et absolutus ab omni vinculo servitutis. Lebt der Freilasser nach salischem oder nach einem andern nichtlangobardischen Stammesrechte, so wird das Pergament samt darauf gestelltem Schreibzeug ohne Anwendung weiterer Förmlichkeiten überreicht. Nur dann, wenn der Freilasser den Freizulassenden zugleich mit Land ausstattet, werden Messer, Stäbchen und die sonstigen Vestitursymbole mit auf die Urkunde gelegt. Im übrigen ist das Verfahren dasselbe wie bei der symbolischen Investitur. Eine Formel des Liber Papiensis lässt den Freigelassenen gegen die Klage, dass er

[1] Ueber obligare Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts [1879] S. 24, eine Untersuchung, von der ich vor Abschluss dieses Beitrags die ersten vier Druckbogen einzusehen Gelegenheit hatte.

[2] Schon die Bezeichnungen tabularii, chartularii weisen auf die rechtlich bedeutsame Funktion hin, welche die Urkunde bei gewissen Arten der Freilassung hat.

sich malo ordine der Knechtschaft entziehe, die Antwort abgeben: Liber sum; ecce carta libertatis, quam pater tuus michi dedit [1]. Aus dem Kreise der deutschen Volksrechte gehören namentlich die Bestimmungen der Lex Ribuaria über die manumissio per tabulas, LVIII, 1 hierher. Der Vorgang entspricht im wesentlichen der Darstellung des langobardischen Cartulars, doch erleidet er insofern eine Modifikation, als bei den tabularii die Kirche die Freilassung vermittelt. Der Freilasser soll nach der Lex Ribuaria den Unfreien samt dem Pergament, das für die Manumissionsurkunde bestimmt ist, dem Bischof in der Kirche übergeben, der dann vom Archidiakon die Urkunde ausfertigen lässt: in manu episcopi servum
[551] cum tabulis tradat et episcopus archidiaconum iubeat, ut ei tabulas secundum legem Romanam, qua ecclesia vivit, scribere faciat [2].

Die vorausgehenden Erörterungen liefern das Ergebnis, dass die Begebung der Urkunde zur Uebertragung und Begründung verschiedener absoluter Rechte diente. Kehren wir zum Ausgangspunkte unsrer Untersuchung, zur Cautio zurück, so tritt die Frage an uns heran, ob denn auch bei dem Schuldvertrage die Begebung der Cautio als rechtsgeschäftlicher Formalakt aufzufassen sei. Die Antwort darf meines Erachtens nur eine bejahende sein. Die Begebung der Cautio kann als Form [3] des Vertragsschlusses fungiren. Den mit Begebung einer Schuldurkunde abgeschlossenen Vertrag dürfen wir nicht als formlos betrachten, weil jede anderweitige Form fehlt. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass die Urkunde gelegentlich die ausschliessliche Funktion eines Beweismittels hatte, was z. B. stets dann der Fall war, wenn sie als memoratorium über ein per wadiam et fideiussores abgeschlossenes Geschäft errichtet wurde.

Das römische Recht kannte die Schrift als Vertragsform. Auch unsrem heutigen Rechte ist sie als solche geläufig. Dem

---

[1] Formel zu Aistulf II, 3. Vgl. Miller a. O. S. 100.

[2] Auch bei der manumissio per cartulam oder per tabulas dürfen wir annehmen, dass der Freilasser nicht immer ein leeres, unbeschriebenes Pergament, sondern häufig eine unvollzogene Urkunde übergab, in welcher der Notar oder der Archidiakon hinterher das Actum, die Zeugen und sonstige Beglaubigungsformeln einsetzte. Vgl. oben S. 612.

[3] Das heisst als „Mittel, eine Willensäusserung oder Willenseinigung überhaupt mit Rechtseffekt oder in specie mit einem Rechtseffekt bestimmter Art zu versehen“. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts I 48.

älteren deutschen Rechte war, wie schon oben bemerkt worden ist, die Schrift als Vertragsform unbekannt. Nicht das schriftliche Schuldversprechen, sondern die Begebung einer Urkunde, welche von dem sich verpflichtenden Kontrahenten weder geschrieben, noch auch unterschrieben oder signirt werden musste, machte den Schuldvertrag perfekt[1]. Das deutsche Recht stellte, als es die Urkunde [552] kennen lernte, diese in die Reihe der Vertragssymbole. Die Vergleichung der Cautio mit der Wadia des Schuldvertrags eröffnet hierfür eine Reihe von frappanten Gesichtspunkten. Die Wadia wird vom Schuldner dem Gläubiger begeben. Dem dare und accipere der Wadia steht das Geben und Nehmen der Cautio gegenüber. Der Gläubiger restituirt die Cautio gegen Zahlung der Schuld, gleichwie er die Wadia zurückgibt, wenn die Schuld bezahlt oder verbürgt wird[2]. Dass die Urkunde neben der Funktion des Symbols zugleich die Funktion des Beweismittels hat, ist ihr mit der festuca oder wadia gemein, die, um als Beweismittel dienen zu können, durch Einschneiden der Hausmarke und durch sonstige Einschnitte individualisiert wurde[3].

Dass die Cautio statt der festuca als Wadia diente oder rechtlich in der Rolle der Wadia aufging, soll hier nicht behauptet werden. Für das langobardische Recht würde sich diese Annahme schon deshalb verbieten, weil die Wadia binnen bestimmter Frist durch Bürgenstellung ausgelöst werden musste und also nicht in den Händen des Gläubigers verblieb. Eine andre Frage ist es, ob die Cautio als Perfektionsmittel des Vertrags einen rechtlichen Ersatz der Wadia bieten konnte. Die Antwort setzt eine Erörterung über die rechtliche Bedeutung der Wadia voraus, welche ihrerseits ohne eine erschöpfende Untersuchung des gesamten älteren Vertrags- [553]

[1] Vgl. oben S. 595.

[2] Val de Lièvre a. O. S. 218. Vgl. oben S. 84 den Rechtsfall aus Wasserschlebens Sammlung.

[3] Man vergleiche die merkwürdige Erklärung der stipulatio in der Lex Romana Curiensis XXIV, 2: stipula hoc est, ut unus de ipsos levet festucum de terra et ipsum festucum in terra reiactet et dicat: per ista stipula omne ista causa dimitto. Et sic ille alter prendat illum ipsum fistucum et eum salvum faciat et iterum ille alius similiter faciat. Si hoc fecerint et aliquis de illos aut de heredes eorum ipsa causa removere voluerit, *ipsum fistucum in iudicio coram testes presentetur.* Ambo duo, qui hoc contendunt et si hoc fecerint, ipsa causa removere non possunt. Ueber die langobardische Wadia als Beweismittel Val de Lièvre a. O. S. 218.

systems nicht klargestellt werden kann. Da hier nicht der Ort ist, so weit ausgreifende Probleme zu lösen, so muss ich mich auf einige kurze, durch neuere Untersuchungen gestützte Behauptungen beschränken [1]. Die allgemeine Verbindlichkeit des Konsensualvertrags ist zu leugnen [2]. Der Vertrag war im allgemeinen nur verbindlich, wenn er rechtsförmlich abgeschlossen worden war oder wenn einer der beiden Kontrahenten mit einer Leistung vorangegangen war. Als das Symbol des rechtsförmlichen Vertragsschlusses diente die festuca, wadia, welche somit — von den Realkontrakten abgesehen — nicht ein blosser Bestärkungsluxus [3], sondern wesentliches Erfordernis des Vertragsschlusses war. Die Begebung der Cautio konnte als Ersatz der Wadia eintreten und fungierte als solcher, geradeso wie der Handschlag ein Surrogat der Wadia wurde [4]. Diese Wirkung der Kautionsbegebung mag sich etwa in der Weise entwickelt haben, dass die Urkunde zuerst an die Seite und dann an die Stelle der Wadia trat, wie sie ja auch bei der langobardischen Investitur die gambetta aus der Rolle eines essentiale negotii verdrängt hatte, zu einer Zeit, da die nichtlangobardischen Stammesrechte die festuca noch neben der Urkunde festhielten [5]. Da die Begebung der cartula bei der Investitur absolute Wirkung hatte,
[551] ohne dass nach langobardischem Rechte auch nur die gleichzeitige Uebergabe der gambetta erforderlich war, so wäre es ein schwer zu lösender Widerspruch, wenn nicht die Begebung der Cautio die geringere, die relative, die obligationenrechtliche Wirkung erzeugt haben sollte, welche sich in dem Ersatz der Wadia äusserte. Wenn ferner die Rückgabe der Cautio liberatorische Wirkung hatte und die Ausstellung einer Quittung er-

[1] Vgl. Sohm, Eheschliessung S. 24. Stobbe, Reuerecht und Vertragsschluss nach älterem deutschen Recht I 12 ff., II 1 ff. Eine eingehende Erörterung des Vertragssystems, welche für das altfranzösische Recht nach verschiedenen Seiten hin neue Gesichtspunkte eröffnet, bietet Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts I 43 ff.

[2] Ob und wie weit etwa für einzelne bestimmte Geschäfte der Konsens als ausreichend erachtet wurde, möge hier eine offene Frage bleiben.

[3] Darauf laufen im wesentlichen die Ausführungen Val de Lièvres hinaus. Siehe oben S. 592, Anm. 3.

[4] Sohm a. O. S. 48.

[5] In ähnlicher Weise hat bekanntlich später in Deutschland die Beurkundung der Auflassung in öffentlichen Büchern den Formalakt der Auflassung absorbiert.

setzte [1], so können wir füglich nicht umhin, der Hingabe der Cautio verpflichtende Wirkung beizulegen. Dass das gegen Cautio gewährte Darlehen schon als Realkontrakt verpflichtete, kann gegen diese Annahme ebensowenig ins Gewicht fallen, als der per wadiam geschlossene Darlehnsvertrag gegen die bindende Kraft der Wadia.

XII.

Zur Geschichte des Inhaberpapiers in Deutschland.

[Zeitschrift für Handelsrecht 1878, XXIII 225.]

Eine bekannte Thatsache ist es, dass zahllose Urkunden Deutschlands vom dreizehnten Jahrhundert ab die Inhaberklausel in mannigfaltigen Formen enthalten. Die vielen Versuche zu festen Ergebnissen über deren rechtliche Bedeutung zu gelangen, sind bisher trotz alles Aufwandes von Fleiss und Scharfsinn gescheitert. Eine neue Untersuchung dieser Materie darf sich aus der umfangreichen vorliegenden Litteratur eine zweifache Lehre ziehen. Wer festen Boden finden und Umwege vermeiden will, darf nicht von den Ansichten ausgehen, welche vom sechzehnten Jahrhundert ab deutsche Juristen über die Papiere mit Inhaberklauseln geäussert haben. Denn sie widersprechen sich und gehören zumeist einer Zeit an, in der die rechtliche Auffassung der Inhaberpapiere bereits durch die praktische Rezeption fremdrechtlicher Prozess- und Privatrechtsinstitute getrübt worden war [2]. So ist denn auch die neueste, verdienstvolle Untersuchung von Poschingers [3], welche die Aussprüche älterer juristischer Schriftsteller sehr sorgfältig, aber sehr schematisch und ohne scharfe kritische Gesichtspunkte zusammen-

[225] [226]

[1] Vgl. oben S. 538.

[2] Wie misslich es sei, in der Geschichte der Inhaberpapiere gerade die Periode ihrer Hemmung, nämlich die Zeit während und unmittelbar nach der Rezeption der fremden Rechte, als massgebend hinzustellen, hat Kuntze gegen Eigenbrodt treffend hervorgehoben in seinen Bemerkungen zur Geschichte der Inhaberpapiere, Zeitschrift für Handelsrecht II 572.

[3] Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland 1875.

stellt, für das sechzehnte und siebenzehnte Jahrhundert zu dem negativen Ergebnisse gelangt, dass die Bedeutung der Inhaberklauseln streitig war. Ebensowenig dürfte sich ein andrer Weg empfehlen, den die ältere Litteratur vielfach eingeschlagen hat. Sie bemühte sich nämlich, aus gedruckten und ungedruckten Urkunden möglichst viele Beispiele von Inhaberklauseln zusammenzutragen und aus dem Wortlaute der am häufigsten vorkommenden Formen Aufschlüsse über ihre rechtliche Wirkung zu gewinnen. So sehr ich überzeugt bin, dass strikte Wortinterpretation im Gebiete des älteren Urkundenstils ein untrüglicher Führer ist, so zeigt doch die Zerfahrenheit der bisher aufgestellten Meinungen, dass durch die Auslegung der Inhaberklauseln zwingende Schlüsse und allgemein überzeugende Ergebnisse kaum zu erlangen sein dürften.

Die Ursache der obwaltenden Unsicherheit beruht hauptsächlich darin, dass direkte Aussprüche der deutschen Rechtsquellen über die Wirkung der Inhaberklauseln nicht oder doch nicht in genügendem Masse bekannt sind. Nach dieser Richtung hin wollen die folgenden Ausführungen aus deutschen Landesordnungen und aus der Rechtspraxis einen ergänzenden Beitrag liefern. Nur auf einen Beitrag, nicht auf eine erschöpfende Geschichte des deutschen Inhaberpapiers ist es abgesehen.

[227] Die Untersuchung über die fränkisch-romanische Urkunde hat für die fränkische Zeit das Vorhandensein von vier Formen der Inhaberklausel i. w. S. und die prinzipielle Unterscheidung der beschränkten oder qualifizierten und der unbeschränkten Inhaberklausel ergeben. Die zwei Arten der beschränkten Inhaberklausel, nämlich die Exaktions- bezw. Begebungsklausel und die Stellvertretungsklausel erfordern den Nachweis der Begebung des Papiers oder einer Vollmacht von Seite des namentlich genannten Gläubigers. Bei den zwei Arten der unbeschränkten Inhaberklausel, nämlich bei der alternativen und bei der reinen Inhaberklausel, ist das Klagrecht des Inhabers durch die blosse Innehabung begründet.

In den Urkunden Deutschlands sind die Typen der fränkischen Zeit sämtlich vertreten.

Der fränkischen Exaktions- und Begebungsklausel: aut cui (hoc scriptum) dederis ad exigendum, oder: aut cui in manum emiseris, aut cui dederis, entspricht die in Deutschland früher am häufigsten vorkommende Klausel:

oder wer diesen brief mit ihrem willen (mit ihrem guten willen) innehat [1].

Sie soll im folgenden schlechthin Orderklausel heissen. Damit soll nur ein Name gewonnen, Konsequenzen sollen nicht daraus gezogen werden. Denn wenn auch jene Klausel der modernen Orderklausel sehr nahe steht, so deckt sie sich doch nicht mit ihr, u. a. insofern, als sie nur eine einmalige Weiterbegebung aus der Hand des namentlich Genannten duldet [2].

Die Stellvertretungsklausel: aut cui hoc scriptum pro parte tua (vice tua) in manu paruerit, ist in der deutschen Uebersetzung:

oder wer diesen brief (mit ihrem guten willen) von ihretwegen inne hat, [228]

nicht unschwer wiederzuerkennen.

Die alternative Inhaberklausel: aut cui hoc scriptum in manu paruerit, enthalten deutsche Urkunden in der Fassung:

oder wer diesen brief innehat, oder dem behälter dieses oder dem inhaber dieses Briefes, vel habenti has litteras

oder in verschiedenartigen ähnlichen Wendungen [3].

Die reine Inhaberklausel ist schlechtweg auf den Briefinhaber gestellt [4].

---

[1] Die jüngere Klausel: oder dem getreuen Inhaber, wird allgemein als gleichbedeutend betrachtet. Ob nicht ihr Inhalt mit Rücksicht auf die Cirkulationsfähigkeit (die Möglichkeit mehrmaliger Begebung) des Papiers dennoch ein weiterer ist, möge hier unentschieden bleiben.

[2] Vgl. die Bemerkungen oben S. 565 f. 586. 597.

[3] Nur eine stilistische Verschiedenheit ist es, wenn die Urkunde zunächst nur den Namen des berechtigten Kontrahenten nennt und erst zum Schluss die Formel enthält: wer den brief (mit seinem willen) (seinetwegen) inne hat, soll alle oben genannten rechte haben. [Beispiele von Urkunden mit der alternativen Inhaberklausel aus dem dreizehnten Jahrhundert in meiner Schrift: Das französische Inhaberpapier und sein Verhältnis zum Orderpapier 1879, S. 30 f. Auf Flandern weist ein im Coutumier d'Artois [1283—1302] erwähnter Rechtsfall hin, betreffend einen Schuldbrief, den die Stadt Gent den Kindern des Kastellans von Arras ausgestellt hatte über eine Summe Geldes: qu'il disoient qu'il devoient à paiier as enfans ou à celui qui ces lettres aroit par devers lui. Cout. d'Artois ed. Tardif S. 27, III, 34.]

[4] Abgesehen von den Urkunden des Codex Cavensis (oben S. 586 ff.) sind bisher nur sehr wenige ältere Beispiele der reinen Inhaberklausel bekannt. Stobbe a. O. S. 427 führt eine Lübecker Urk. von 1282 und eine Kölner von 1286 an, in welchen der Gläubiger den Schuldner anweist, exhibitori presentium zu zahlen. Eine ähnliche Anweisung von 1281 enthält das Cartulaire de

[229] Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hier aufs neue betont, dass Urkunden mit beschränkter Inhaberklausel nicht als Inhaberpapiere in eigentlichem Sinne gelten dürfen. Ich schliesse

---

Flines ed. Hautcoeur I 252, n. 231: nous vous prions ke vous au porteur de ces lettres payez et delivrez les 1500 livres ... Haben wir es hier nur mit einer auf den Inhaber gestellten Zahlungsanweisung zu thun, so enthält dagegen folgende Liller Urkunde von 1284 eine Verschreibung des Schuldners, dem Briefinhaber zu zahlen. Roisin, Franchises de Lille S. 303: die Stadt Lille verpflichtet sich, zum Seelenheile des Jakemon Louchart an die Armenvögte von Lille eine Rente von 100 Livres zu zahlen. Im Verzugsfalle nous serions tenu et proumettons loiaument à rendre et à restorer *a le personne qui cheste lettre aroit quele quelle fust* tous cous et tous damages et tous frais et tous despens ... avec les cent livres. — Bedenken veranlasst dagegen der bekannte „Inhaberwechsel“ vom 6. April 1207, welchen Canale, Storia ... dei Genovesi aus dem Genueser fogliazzo dei notai' mitgeteilt hat: Simon Rubeus bancherius fatetur habuisse lib. 34 danariorum Januae et danarios 32, pro quibus Wmus. bancherius eius frater debet dare in Palermo marcas 8 boni argenti *illi qui ei dabit hanc cartam*. Das ist kein Wechselbrief, überhaupt keine dispositive Urkunde, sondern nur eine Imbreviatur [?] des Notars, ein vielleicht unvollständiger Eintrag, auf Grund dessen später die Urkunde ausgefertigt werden sollte. Uebrigens findet sich eine auf dasselbe [?] Rechtsgeschäft bezügliche Urkunde, gleichfalls vom 6. April datiert, die Belgrano im Archivio storico Italiano (1866, ser. 3 t. 3, parte I. p. 108) mitteilt. Sie lautet: Ego Symon Rubeus bancherius accepi a te Raimundo de Podiozandino libras denariorum Janue 34 et denarios 32 unde promitto *tibi vel tuo misso danti mihi hanc cartam* marcas octo boni argenti librarum venalium de Montepesulano usque ad pentecostem proximam alioquin etc. Actum Janue etc. Aus dem Archivio notarile di Genova, Liber Lanfranci. Da der Name des Schuldners, die Geldsummen und das Tagesdatum übereinstimmen, betreffen beide Dokumente höchst wahrscheinlich dasselbe [?] Geschäft. Es wäre möglich, dass Raimundus neben dem Schuldbrief bei Belgrano eine Zahlungsanweisung des Simon an dessen Bruder erhalten sollte, auf welche sich die Imbreviatur aus Canale bezieht. Bei Abfassung der Anweisungsurkunde konnte die Imbreviatur aus den Angaben des Schuldbriefs ergänzt werden. Sichere Schlüsse sind ohne Untersuchung der Handschriften nicht möglich. [Ueber diesen Wechsel handelt auf Grund handschriftlicher Mitteilungen Enrico Bensas nunmehr Goldschmidt, Universalgeschichte I 422 f., wo er aus einem handschriftlichen Urkundenwerke, Richeri della civica, einen neuen Vermerk beibringt, der sich mit dem bei Canale deckt, nur dass die Worte Wmus. bancherius eius frater und in Palermo fehlen und dafür steht: pro quibus promittit dare marcas etc. Ich halte es für ausgeschlossen, dass Canale seine Notiz aus jener Quelle geschöpft und etwa aus einer anderweitigen, auf dasselbe Wechselgeschäft bezüglichen Notiz ergänzt habe. Eher dürfte der Vermerk jenes Urkundenwerkes nur ein Excerpt der von Canale abgedruckten Notiz sein. Die Form Palermo anstatt Panhormo bei Canale ist für 1207

mich nur, um nicht von vorneherein das Resultat der Untersuchung zu antizipieren — was leicht Verwirrungen herbeiführen könnte — einem in der Litteratur herrschenden Sprachgebrauche an. Die Mehrzahl der neueren hat die beschränkte und die alternative Inhaberklausel in dieselbe rechtliche Kategorie gestellt. Auch ist die Ansicht vertreten, dass eine Präsumtion der Begebung den Unterschied zwischen beiden Klauseln thatsächlich verwischte. So mögen denn, um diese und verwandte Fragen offen zu lassen, die Urkunden mit beschränkter Inhaberklausel vorläufig unter der Firma Inhaberpapier im weiteren Sinne inbegriffen bleiben.

Im Folgenden soll nur von der Orderklausel und von der [230] alternativen Inhaberklausel gehandelt werden. Auf die Bedeutung gerade dieser beiden Klauseln hat sich die litterarische Kontroverse in jüngster Zeit hauptsächlich konzentriert. So sehr die Ansichten der neueren darüber auseinandergehen, stimmen sie doch merkwürdigerweise in dem einen Punkte überein, dass beide Klauseln als gleichwertig zu betrachten seien.

Savigny[1]: Am wenigsten hat die Ansicht für sich, welche zwischen den einzelnen Ausdrücken unterscheiden will.

Duncker[2]: Es macht übrigens keinen Unterschied, ob schlechthin derjenige, welcher die Urkunde vorzeigt oder derjenige, welcher dieselbe mit des genannten Gläubigers Willen inne hat (der getreue Inhaber) erwähnt ist.

Platner[3]: Es macht keinen Unterschied, ob in dem Hauptbrief gesagt wird, wer den Brief mit gutem Willen oder wer den Brief inne hat. Und an einer anderen Stelle: „Die wenigen Urkunden, in denen der Ausdruck guter Wille oder Wille zufällig fehlt, vermögen die Bedeutung des in so zahlreichen Urkunden hervorgehobenen guten Willens nicht zu schwächen.“

---

bedenklich. — Erst während der Korrekturarbeit sah ich Schaubes Aufsatz in Z. f. HR. XLI 353, der Canales selbständige Angaben völlig über Bord wirft. Es ergibt sich, dass Bensas Mitteilungen nicht genügen und eine Untersuchung des fogliazzo dei notai nach wie vor Bedürfnis ist. Bis auf weiteres bezweifle ich nunmehr die Identität der Geschäfte im Liber Lanfranci einerseits, bei Canale und Richero andrerseits.]

[1] Obligationenrecht II 102.

[2] Ueber Papiere auf den Inhaber, Z. für deutsches Recht V 39.

[3] Ein Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren im Archiv für civilistische Praxis XLII 139. 191.

Auch Renaud[1], Eigenbrodt[2], Binding[3], Laband[4], [231] Poschinger[5], Gengler[6], Gareis[7] und andre halten beide Formen für identisch. Ebenso Kuntze[8] in Bezug auf das Verhältnis des Inhabers zum Aussteller.

Stobbe[9] findet es zwar mit Recht bedenklich, ohne weiteres anzunehmen, dass der Sinn dieser Klauseln überall derselbe sei, kommt aber schliesslich zu dem Ergebnis, dass die beiden Formen manchmal identisch seien, weil sie beide neben der Innehabung [232] anderweitige Legitimation voraussetzen[10], wogegen allerdings manch-

---

[1] Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber in der Zeitschrift für deutsches Recht XIV 316.

[2] Ein Beitrag zur Lehre von den Inhaberpapieren in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Privatrechts II 84.

[3] Der Vertrag als alleinige Grundlage der Inhaberpapiere in der Zeitschrift für Handelsrecht X 404.

[4] Laband sagt in der Zeitschrift für Handelsrecht XIV 651: es sei davor zu warnen, aus der Gegenüberstellung und Unterscheidung der Klauseln, welche nur den Inhaber, und jener, welche den getreuen Inhaber nennen, Resultate für die Geschichte der Inhaberpapiere gewinnen zu wollen.

[5] Die Lehre von der Befugnis zur Ausstellung von Inhaberpapieren 1870, S. 16 ff. und Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere S. 18.

[6] Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 3. Aufl., S. 440.

[7] Zeitschrift für Handelsrecht XXI 379, Anm. 54.

[8] Die Lehre von den Inhaberpapieren 1857, S. 71. 407 und Bemerkungen zur Geschichte der Inhaberpapiere in der Zeitschrift für Handelsrecht II 605 ff.

[9] Zur Geschichte der Uebertragung von Forderungsrechten und der Inhaberpapiere in der Zeitschrift für Handelsrecht XI 428.

[10] So nach Stobbe a. O. S. 423 die Urkunden mit der alternativen Inhaberklausel bei Duncker a. O. nr. 1. 2. 14, in welchen der Inhaber ein blosser Mandatar sei. Meines Erachtens sind diese Beispiele nicht beweiskräftig. Es ist zwar sehr wohl möglich, dass der Gläubiger, der sich den Brief mit der alternativen Inhaberklausel ausstellen lässt, die Absicht hegt, ihn durch einen Mandatar geltend zu machen. Allein er will unter Umständen eben einen derartigen Mandatar aufstellen können, welcher keiner schriftlichen oder sonstigen Vollmacht zur Legitimation bedarf. Der Inhaber erscheint dann dem Schuldner gegenüber kraft der Innehabung des Briefes allein als klagberechtigt, während sein Verhältnis zum namentlich Genannten das eines blossen Mandatars ist. Auch bei den heutigen Inhaberpapieren kann ja der Inhaber ein blosser Mandatar sein. Vgl. Thöl, Handelsrecht, 2. Aufl., II 84. Dass Nonnen, welche in dem Kloster leben, das ihnen eine Rente schuldet (Duncker nr. 1. 2), in dieser Weise ihre Rentenforderung gegen ihre persönliche Abhängigkeit vom Gläubiger sicherstellen, liegt in der Natur der Sache. Der von Stobbe behauptete Satz, dass der Inhaber des Rentenbriefs dem Kloster, in welchem die Nonne lebt, auf deren

mal auf Grund der alternativen Inhaberklausel die blosse Innehabung zur Forderung legitimiere.

Diesen Ansichten gegenüber verfechte ich im Folgenden diejenige, welche nach Savigny am wenigsten für sich hat, nämlich die prinzipielle Verschiedenheit der als Order- und als alternative Inhaberklausel bezeichneten Formen. Sie hat, wie sich ergeben wird, die Quellen für sich.

1. Die Orderklausel.

Duncker und Renaud schieben ihr den Wortlaut der alternativen Inhaberklausel unter. Jener betrachtet den Inhaber als durch die Innehabung allein hinreichend legitimiert. Dieser behandelt ihn als selbständigen Gläubiger.

Dagegen behaupten Savigny und Eigenbrodt, bei welchen umgekehrt die alternative Inhaberklausel von der Orderklausel absorbiert wird, es sei das Recht des Inhabers an die Bedingung einer Cession von seiten des namentlich genannten Gläubigers geknüpft, welche Cession als Thatsache stets erwiesen werden müsse.

Platner: Der Inhaber der Vertragsurkunde muss neben derselben einen Willebrief mitbringen, das heisst eine schriftliche Erklärung von seiten des ursprünglich Berechtigten, dass er mit seinem freien Willen den Hauptbrief an den Inhaber übertragen habe[1]. Unter dem Inhaber sei kein blosser Bevollmächtigter zu verstehen. Ein solcher liege nur vor, wenn es heisse: wer die [233]
Urkunde mit ihrem guten Willen von ihretwegen inne hat[2].

Kuntze meint, die Klausel solle dem berechtigten Inhaber des Schuldbriefs das Recht wahren, im Falle des Verlustes den

Lebenszeit die Leibrente bestellt ist, das Leben derselben beweisen müsse, dürfte wohl selten praktisch geworden sein. In Wasserschleben, Sammlung d. Rechtsquellen I 262. 263, von Stobbe S. 421, Anm. 27 angeführt, handelt es sich um zwei verschiedene Urkunden. „Der Judenbrief“, die Urkunde, welche der Schuldner dem Gläubiger ausstellte, hat die Orderklausel, der Brief, den der Schuldner dem Bürger ausstellt, hat die alternative Inhaberklausel. [Zustimmend jetzt Stobbe, D. Privatrecht III 197.]

[1] A. O. S. 138.

[2] In solchem Falle kann der Inhaber nichts anderes als ein Stellvertreter sein. Doch mag er sehr wohl auch ausser diesem Falle als Gewalthaber auftreten.

Brief zu vindizieren und die Forderung bei dem Aussteller zu inhibieren.

Von Poschinger: Die Klausel war nicht ganz bedeutungslos. Denn die Gelehrten waren über ihre Bedeutung nicht einig [1].

Nach Stobbe war die Klausel vollkommen bedeutungslos, denn auch ohne sie konnte der Gläubiger die Forderung durch einen andern verfolgen lassen. Wer mit dem Urkundenstil des Mittelalters und auch noch der neueren Zeit vertraut sei, wisse, wie viele Dinge, welche für den gesunden Menschenverstand oder die Interpretation eines Rechtskundigen schon an sich zweifellos sind, als unschädliches Beiwerk und mit der grössten Breite in die Urkunden aufgenommen wurden [2]. Jener Zusatz habe nicht die
[234] Bestimmung, die Forderung zu einer übertragbaren zu machen und sei nicht minder überflüssig als die ebenso häufige Bemerkung, es solle dem Gläubiger oder seinen Erben gezahlt werden [3].

Die angebliche Bedeutungslosigkeit der Klausel wird zum mindesten durch die Thatsache entkräftet, dass die Inhaber- und Orderpapiere als ein sehr praktisches Auskunftsmittel dienten, um den Mangel der prozessualischen Stellvertretung zu ersetzen, deren Beschränkungen zu umgehen. Wie dieser Umstand uns die Ausbildung der fränkischen Inhaberklauseln er-

---

[1] v. Poschinger führt Beitrag S. 35. 36 nicht weniger als 45 ältere Juristen an, welchen die Klausel „überflüssig erscheine". Diese Aeusserung bedarf in ihrer Allgemeinheit einer kleinen Korrektur. Es soll nämlich nur heissen: die betreffenden Juristen drücken sich über diese Klausel derart aus, dass sie Poschinger als überflüssig erscheint.

[2] Ich denke im allgemeinen besser vom mittelalterlichen Urkundenstil. Die Klauseln der Urkunden — soweit sie nicht die in ihrer Unsicherheit übervorsichtige Reaktion des Verkehrs gegen die Anwendung fremdrechtlicher Sätze hervortrieb — hatten mindestens in der Zeit, da sie entstanden, eine bestimmte rechtliche Bedeutung. Erscheinen sie unserem gesunden Menschenverstande als überflüssiges Beiwerk, so dürfte in der Regel ein Rechnungsfehler zu Grunde liegen, der uns zur Last fällt, weil die Faktoren, mit welchen wir rechnen, unsere modernen Rechtsanschauungen und nicht die Rechtssätze des Mittelalters sind. Selbst die Erbenklausel kann nicht ohne weiteres als überflüssig betrachtet werden. Eine sehr praktische Bedeutung hatte sie im englischen Rechte. Britton (ed. Nichols) I 225. 235. 244. 270 und öfter.

[3] Manche unterscheiden zwischen der Bedeutung der Inhaberklauseln im gemeinen bürgerlichen und im Handelsverkehr, so Eigenbrodt und Binding. Mit Unrecht. Siehe Kuntze in der Zeitschrift für Handelsrecht II 608 und Stobbe ebenda XI 409.

klären half, so liefert er auch im jüngeren Mittelalter und in den Jahrhunderten, welche der vollständigen Aufnahme der unbeschränkten prozessualischen Vertretung vorausgingen, den Schlüssel für das Verständnis der Inhaberklauseln zum mindesten in allen Fällen, in welchen wir uns andre praktische Zwecke derselben nicht denken können.

Bekanntlich versagte auch das ältere römische Recht die gerichtliche Stellvertretung. In der Zeit der Legisaktionen galt nach Gaius der Satz: alieno nomine agere non licet praeter quam ex certis causis. Erst in der Zeit des Formularprozesses gelangten die Kognitoren zu allgemeiner Anwendung und entstand das Institut der Prokuratoren. Als die Kognitoren und Prokuratoren noch nicht zu Gebot standen, ergriff der Verkehr verschiedenartige Mittel, um auf Umwegen thatsächlich zur Stellvertretung zu gelangen. Eines dieser Auskunftsmittel, welches wir merkwürdigerweise in der Geschichte des deutschen Rechtes deutlich wiederkehren sehen, war die (fiduciarische) Uebertragung des Rechts mit der Verpflichtung, das Empfangene zurückzugewähren [1]. Im Gebiete der Schuldverhältnisse half man sich dadurch, dass der [235]
projektierte Vertreter als Nebengläubiger in die Obligation aufgenommen wurde. Dieser Nebengläubiger war der Adstipulator, ein Dritter, der bei Abschluss des Vertrags sich neben dem eigentlichen Gläubiger vom Schuldner die Leistung versprechen liess. Wie später das Geschäft des Prokurators wurde damals das Geschäft des Adstipulators gewerbmässig betrieben. Die Adstipulatoren werden von Cicero gelegentlich mit den Advokaten zusammengestellt. Da der Adstipulator formell die Stellung eines Gläubigers hatte, so war sein Amt ein Vertrauensamt und die Lex Aquilia nahm ausdrücklichen Anlass, sich mit einem Missbrauche dieser Vertrauensstellung zu beschäftigen. Als die Stellvertretung im Prozess allgemein zulässig wurde, verschwand die Adstipulation, ausgenommen den Fall der adstipulatio ut aliquid post mortem detur, welche sich bis in die Zeit Justinians erhielt [2].

In andrer Weise operiert zu demselben Zwecke das germanische Recht. Indem es bekanntlich bei dem Vertragsschlusse nicht die Willenserklärung des Gläubigers, die Stipulation, sondern

---

[1] Puchta, Institutionen, 7. Aufl., II 46, g.
[2] Vgl. Rudorff zu Puchta II 44, c.

das Versprechen des Schuldners accentuiert[1], sieht es von der persönlichen Intervention des Dritten bei Abschluss des Vertrags vollständig ab, es gestattet vielmehr, dass der Promittent dem Promissar in wirksamer Weise verspreche, ihm oder einem Dritten zu leisten. Was das römische Recht durch einen Adstipulator, erreichte das deutsche Recht durch einen Adpromissar. Da dieser bei dem Kontraktschlusse gar nicht anwesend zu sein brauchte, durfte auch eine noch unbestimmte, noch nicht mit Namen genannte Person in das Leistungsversprechen aufgenommen werden. Dieses konnte nämlich dahin gehen, dem Promissar oder demjenigen zu leisten, dem er die Vertragsurkunde begeben werde, oder dahin, ihm oder dem Inhaber der Urkunde zu leisten. Der
[236] Dritte hatte auf Grund eines solchen Versprechens eine Klage auf die Leistung, wenn er sich als Adpromissar, also in unsern Fällen als Inhaber oder als qualifizierten Inhaber der Urkunde ausweisen konnte. So verhalf die Inhaberklausel zur thatsächlichen Bestellung eines Prozessvertreters.

Das germanische Mittelalter ist im allgemeinen — von den geistlichen Gerichten natürlich abgesehen — über die Versagung oder doch über eine weitgehende Beschränkung der gerichtlichen Stellvertretung nicht hinausgekommen[2]. Was Deutschland anbelangt, so hat für das Reichshofgericht schon Franklin[3] darauf
[237] hingewiesen, dass manchmal die Befugnis, sich vertreten zu lassen, von dem Nachweise der echten Not abhängig gemacht wurde, sowie dass mitunter jene Berechtigung durch besondere Privilegien[4] verliehen wurde. Wenn er trotzdem zu der Annahme gelangt, dass das Recht, durch Vertreter zu prozessieren, allgemein anerkannt war, so ist das im Grunde genommen nur ein entsagungsvoller Verzicht auf ein festes Ergebnis. Wesentlich anders dürfte die Sache sich stellen, wenn man älteren und jüngeren Brauch unterscheidet und einige Analogien des französischen Königsgerichtes heranzieht, in welchem gewisse Personen, Prälaten[5] und Kommunen durch

---

[1] Vgl. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) § 1.

[2] Siehe oben S. 389 ff. 599.

[3] Das Reichshofgericht im Mittelalter II, 164 ff.

[4] In ähnlicher Weise haben einzelne Landesherren durch Privilegien das Recht verliehen, sich in Gerichten ihres Territoriums vertreten zu lassen. Vgl. Bischoff, Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters S. 85.

[5] Dass Prälaten privilegiert sind, findet sich gelegentlich in deutschen

Rechtssatz privilegiert waren und über das Recht der Vertretung das Heimatsrecht desjenigen entschied, welcher sich vertreten lassen wollte. Wie dem auch sei, die Rechtsbücher des Land- und Lehnrechts wissen, von wenigen verschwindenden Ausnahmen [1] abgesehen, nichts von einer Vertretung vollfreier und wehrhafter Personen. Nach den sächsischen Rechtsbüchern kann man zu einem Vertreter im allgemeinen nur durch dauernde Bevogtung gelangen, welche eine Standeserniedrigung herbeiführt [2]. Auf den Mangel des Vertretungsrechtes weist auch der bekannte Satz hin, [238]
dass der Beklagte, der sich nicht auf rechte Gewere berufen kann, im Grundstücksprozess seinen Auktor zu Ding bringen muss und nicht etwa selbst an dessen Stelle den Rechtsstreit zu Ende führen darf [3]. Auch die Stadtrechte des Mittelalters, welche doch am ehesten Veranlassung hatten, auf das Vertretungsbedürfnis einer handeltreibenden Bevölkerung Rücksicht zu nehmen, kennen nur eine sehr beschränkte Zulässigkeit der Vertretung. Beispiele bieten Augsburg, Bamberg, Regensburg, Prag, Braunschweig, Bremen, Hamburg, Lübeck, Riga, Eisenach, München, Freising und andre Städte, deren Recht nur mit Zustimmung des Gegners [4], oder nur zu Gunsten von gesippten Freunden und Hausangehörigen [5], oder nur im Falle echter Not [6], oder der Partei, die verreisen will, dem wegfertigen Manne [7] die Bestellung eines gerichtlichen Vertreters

---

Rechtsquellen. Z. B. im Freisinger Stadtrecht bei Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden V 216: er mag sein klag nicht aufgeben, er sey dann ein prelat ... Steiermärkische Landesrechtsordnung von 1574, Art. 69.

[1] Der Sachsenspiegel Landrechts II, 42 gestattet dem Fürsten, auf den sich der Lehnsmann als auf seinen Auktor beruft, einen Dienstmann mit einem gesiegelten offenen Brief zu senden, damit er an seiner Stelle das Streitobjekt als Gewährsmann vertrete.

[2] Görlitzer Landrecht 47, § 17: Wer wegen Krankheit oder hohen Alters einen Vormund nimmt, der muss von da ab immer einen Vormund haben, und hat den halben Teil seiner rechten Busse verloren. Vgl. Ssp. II, 42, § 1. Kraut, Vormundschaft I 394.

[3] Vgl. oben S. 580, Anm. 1. Marculf I 36.

[4] Bamberg § 66, Zöpfl, Das alte Bamberger Recht, Urk. B. S. 22. Regensburg, Freyberg, Sammlung hist. Schriften V 216.

[5] Prager Statuten 42. Stadtbuch von Augsburg, ed. Meyer, S. 27.

[6] Braunschweiger Urkundenbuch I 323. Vgl. Donandt, Gesch. des Bremischen Civilprozesses im Bremer Jahrbuch V 50. Eisenacher Gerichtsleufft 40, bei Ortloff, Samml. d. Rechtsquellen II 365.

[7] Hamburger Stadtr. von 1270, V, 6 bei Lappenberg S. 25. Lübeck,

gestattet[1]. Erst seit dem Ausgange des Mittelalters, als die Rezeption des fremden Rechtes den Gegensatz des einheimischen Rechtes zu vollem Bewusstsein brachte, werden die früher so [239] schweigsamen Rechtsquellen Deutschlands über diese Materie etwas gesprächiger, indem sie das fremde Recht ablehnen, oder (wenigstens für Ausnahmefälle) annehmen oder neben den fremdrechtlichen die einheimischen Gewaltigungs- und Bevogtungsformen bewahren. Im grossen und ganzen wird die Vertretung in immer weiterem Umfange zugelassen, bis dann endlich — freilich viel später als man glauben sollte — ihre Statthaftigkeit für etwas Selbstverständliches gilt.

Unter den Stellvertretern, die vor deutschen Gerichten erscheinen, sind zwei verschiedene Typen zu unterscheiden. Der durch aussergerichtliche und schriftliche Vollmacht bestellte Prokurator, welcher augenscheinlich dem Verfahren der geistlichen Gerichte nachgebildet worden war, und der in deutsch-rechtlicher Weise durch gerichtlichen Formalakt gesetzte Vertreter, welcher als Gewalt, Gewalthaber, Gewaltträger (in Süddeutschland, namentlich im bayerischen Stammesgebiete), als Vormund (in Sachsen), als Mompar (von montporo, in Franken), als Machtbote, Befehlshaber, vollmächtiger Anwalt, Klagbote oder Klagführer bezeichnet wird[2].

Mitunter ist die Bestellung eines Vertreters nur in der Art zulässig, dass die Partei persönlich nach erhobenem Rechtsstreit ihre Klage oder Antwort dem Bevollmächtigten vor Gericht in Gegenwart des Gegners durch Formalakt aufgeben, an die Hand setzen musste. Da diese Bestellungsform[3] wenigstens bei Beginn

---

Hach, Das alte Lübische Recht S. 485. Freising, Freyberg a. O. V 37. Auer, St.R. von München, Art. 36.

[1] In das Brünner Schöffenbuch nahm dessen Verfasser den allgemeinen theoretischen Satz auf: quilibet potest agere nomine procuratorio (589). Doch kann er im älteren Brünner Rechte nicht gegolten haben, wie die nr. 591 mitgeteilte Entscheidung ergibt.

[2] Neben dem schriftlich bevollmächtigten und dem gerichtlich bestellten Vertreter ist hie und da noch die vollmachtlose Vertretung gegen cautio de rato gestattet. So in der Nürnberger Reformation von 1479, tit. 2, nr. 3 gegen Bürgschaftleistung zu Gunsten von Blutsverwandten bis zum dritten Grad. Abgesehen von dieser Ausnahme müssen in Nürnberg Einheimische den Gewalthaber vor Gericht und können ihn Auswärtige durch schriftliche Vollmacht bestellen.

[3] Sie erinnert an den vom römischen cognitor überlieferten Satz: cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur. Keller, Civilprozess (1876), Anm. 614.

des Prozesses das persönliche Erscheinen der vertretungsbedürftigen [240] Partei vor Gericht erheischte, so bot sie natürlich gegenüber dem vollständigen Verbot der Vertretung nur eine sehr bescheidene Erleichterung.

Auch das ältere Landesrecht von Steiermark hat nur ein persönliches Aufgeben von Klage und Antwort gekannt, welches in Gegenwart des Prozessgegners unter Anfassung des Gerichtsstabs, „mit vergreiffung am gerichtsstab" erfolgen musste [1].

Dabei bestand noch folgende Beschränkung: Der Kläger musste seine Klage an drei verschiedenen Gerichtstagen anbringen. Erst am letzten war der Beklagte, um nicht als contumax zu gelten, verpflichtet zu antworten. Der Kläger durfte nun nur den mittleren Tag aufgeben, am ersten und am letzten Tage musste er persönlich klagen [2]. In der Folge scheinen Erleichterungen eingetreten zu sein, welche Missbräuche veranlassten. Denn die Reformation des steirischen Landes- und Hofrechts von 1574 bestimmt in Art. 52, dass im Landesrecht [3] fürderhin die Uebergaben

---

[1] Bischoff, Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters zu Art. 20, S. 85. Die Vergreifung am Gerichtsstab findet sich auch anderwärts in gleicher Anwendung. Die Gerichtsordnung für Niederösterreich gestattet in Art. 18 neben dem schriftlich bevollmächtigten auch den durch Vergreifen am Gerichtsstab bestellten Prokurator. Auch die Kärntner L.O. von 1577 kennt die Vergreifung am Gerichtsstab als Gewaltigungsform. Ebenso kann der Vertreter am Gerichtsstab konstituiert werden nach der älteren (Haltaus, col. 1095) und nach der erneuten Hofgerichtsordnung von Rotweil I, 5, nach dem Württembergischen Landrecht von 1555, Rubr. von Anwälden und Anwaldschafften, nach dem Württemb. Landrecht von 1610, I, tit. 16, § 2 und nach der Reformation des bayrischen Landrechts von 1518, Titel 5, Art. 4. Vgl. Grimm, RA. S. 135. Die Sachsen bestellten den Vormund mit Fingern und Zungen, Niederfranken mit Halm und Stroh.

[2] Steierm. Landrecht des Mittelalters Art. 41.

[3] Landesrecht und Hofrecht bezeichnen auch das Landesgericht und das Hofgericht. Das Landesgericht entspricht im Gegensatz zum Hofgericht bezüglich der Civilsachen dem echten Ding. Nach der Kärntner Reformation von 1577 mussten Klagen über Grundstücke, „aufrichtige" Schulden und Einkommen im Landesrechte angebracht werden. Nach der Steiermärkischen L.O. von 1574 gehören u. a. Sachen über Gründt und Pöden, Brieff und Siegel vor das Landesrecht (Art. 20). Dagegen sind Klagen über frische Entwerung (Besitzstörung und Besitzentsetzung, die binnen einem Jahr a tempore scientiae geltend gemacht werden) im Hofrecht anzubringen (Art. 41), und ist es verboten, in Besitzklagen die Frage des Eigentums einzumengen (Art. 42), weil dieses den Hofrechten und dem alten Herkommen zuwiderläuft.

[241] am Gerichtsstab unzulässig sein und jedermann in eigener Person zu erscheinen und den Rechten beizuwohnen schuldig sein soll. Das Aufgeben von Klage und Antwort solle nur gestattet sein in Fällen echter Not, nämlich wegen notorischer Leibesschwachheit, wegen Alters und andrer dergleichen wichtigen Ehehaften und Ungelegenheiten, welche die Partei verhindern, in eigener Person vor dem Landrecht zu erscheinen. Ob die vorgeschützten Ehehaften das Aufgeben der Klage rechtfertigen, entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen. Den Frauen ist gestattet, ihren Ehewirten die Vertretung am Gerichtsstabe aufzugeben. Ist der Beklagte siech und hat er sich wegen Siechtums dreimal entschuldigen lassen, so muss der Landeshauptmann mit sieben Beisitzern, mit dem Landschrannenschreiber und dem Weisboten sich in die Wohnung des Beklagten begeben, auf dass am Siechbette das Recht besessen und die Streitsache verhandelt werde. Doch soll der Beklagte, wenn ihm der Kläger mit Rücksicht auf seine Krankheit das persönliche Erscheinen vor Gericht erlässt, befugt sein, sich durch einen Gewaltträger vertreten zu lassen, der dann natürlich nicht vor Gericht bestellt zu werden braucht. Art. 23[1].

Um die Beschränkungen der gerichtlichen Stellvertretung zu umgehen, pflegte man vor der Reformation von 1574 das Objekt
[242] des künftigen Rechtsstreites vermittelst einer Urkunde einem andern zu übertragen, welcher einen schriftlichen Revers ausstellte, dass er nach beendigtem Prozesse die Rückübertragung vornehmen werde. Solche simulierte Rechtsübertragungen werden als eine Umgehung des Verbots der Stellvertretung durch die Reformation von 1574 verboten. Wer auf Grund schriftlicher Uebergabe des Rechtes prozessiert, soll schwören, dass die Uebergabe zu erblichem Eigentum und nicht als eine simulierte erfolgt sei, es müsste ihm denn der Gegner diesen Eid erlassen[2].

---

[1] Die Partei, deren Gewährsmann (schermb, Schirm) die Gewährschaft verweigert oder trotz der Vorladung ausbleibt, hat das Recht, „gegen den Kläger auff sein Anrueffen zu verfahren und sich selbst zu schermen“, stare in loco auctoris, sui esse warandus. Art. 78. Vgl. oben S. 580, Anm. 1 und älteste Soester Schrae 34.

[2] Gleichfalls sollen die schriftlichen vbergaben, so auff reverss vnd nit aigenthumblich gestellt oder an sich gebracht werden, bei gericht durchauss nit gestatt oder angenommen ... werden. Was aber die frey aigenthumblichen vbergaben (sind) so nit auff reverss sonder erblich an sich gebracht

Im Gegensatz zum Landrecht war im steirischen Hofrecht die gerichtliche Stellvertretung zulässig. Daselbst war die Partei weder zu persönlichem Erscheinen, noch zu jenem rechtsförmlichen Aufgeben der Klage oder Antwort verpflichtet [1]. Es konnte sonach, wie wir annehmen müssen, auch durch schriftliche Vollmacht ein Vertreter für das Hofrecht bestellt werden.

Die Steiermärkische Landesrechtsordnung von 1574, welche der prozessualischen Stellvertretung im Landrechte so enge Grenzen zieht, enthält in Art. 36 eine Reihe von Bestimmungen über Geldschuldbriefe, die unter anderem auch die Wirksamkeit der Orderklausel betreffen.

Unter den Geldschuldbriefen unterscheidet sie solche, welche den Landschadenbund enthalten und solche, in denen der Landschadenbund fehlt. Der Schadenbund, gewöhnliche Schadenbund oder Landschadenbund [2] war eine in Steiermark landesübliche [248]
Klausel, welche sich aus zwei verschiedenartigen Bestandteilen zusammensetzte [3]. Der erste Teil war ein Beweisgedinge über den Verzugsschaden, er bestimmte, dass die Höhe des Schadens, die der Gläubiger durch des Schuldners Verzug erleiden würde, durch das schlichte Wort des Gläubigers, seines Boten oder Gewalthabers festgestellt werden solle:

> darumben jnen oder jrer scheinpotten [4], gwalt vnd befelchhaber schlechten worten one alles rechtliches darbringen vnberechtent geglaubt werden solte.

Auch anderwärts begegnet uns diese Klausel nicht selten. Bekanntlich ist es ein Merkmal des germanischen Prozessrechts, dass auch das Beweisverfahren vollständig unter der Herrschaft des Verhandlungsprinzipes steht. Daher ist es den Parteien gestattet, über die Beweismittel zu paktieren und das gesetzliche Beweis-

---

oder erkaufft werden, die sollen niemandt verwerdt sonder menigklich doch gegen laistung des juraments, wo der gegenthail yemandt dessen nit erlassen will, vnverwerdt vnd zugelassen sein. Art. 52. Ein Verbot gleichen Inhalts findet sich in den Statuten von Langensalza von 1556, Art. 50, bei Walch, Beyträge VII 322. Ueber die Analogie des römischen Rechtes siehe das Citat aus Puchta oben S. 639, Anm. 1.

[1] Bischoff a. O. S. 86.

[2] Bund = Gedinge. In der Kärntner Landesrechtsordnung von 1577 heisst dieses Gedinge Schadenbund des Landes Kärnthen.

[3] Art. 37 der Landesrechtsordnung teilt sie in extenso mit.

[4] Vgl. Platner a. O. S. 130, insbes. Anm. 22.

recht für den einzelnen Fall auszuschliessen. Nach salischem Volksrecht konnte der Beklagte, welcher einen Beweis durch Kesselfang zu liefern hatte, diesen mit Zustimmung seines Gegners durch einen Eidhelferbeweis ersetzen. Nach normannischem und anglonormannischem Rechte konnte von den Parteien die Entscheidung der Beweisfragen durch eine Beweisjury (iurata ex consensu partium) gewillkürt werden in Fällen, in welchen das gesetzliche Beweisrecht sie nicht zur Anwendung gebracht hätte [1]. Derartige Beweisgedinge durften nicht bloss während des Rechtsstreites eingegangen werden, sondern es konnte schon bei dem Abschluss eines Rechtsgeschäftes bestimmt werden, wie es im Falle eines Prozesses
[244] mit dem Beweise zu halten sei. Namentlich in Geldschuldbriefen kam es häufig vor, dass die Kontrahenten vereinbarten, wie beweisbedürftige Thatsachen, welche das Schuldverhältnis betreffen, hinterher bewiesen werden sollen [2]. In der Regel war es natürlich der Gläubiger, der sich durch ein Beweisgedinge im voraus gewisse Beweisvorteile sicherte. Ein Beispiel bietet die Vereinbarung, dass der Schuldner die Zahlung der Schuld nur per instrumentum debiti cassatum vel per aliud instrumentum publicum solle beweisen dürfen [3]. Seit die alten gesetzlichen Verzugsbussen abgekommen waren und die Schadenersatzpflicht des säumigen Schuldners auf den Fall vertragsmässiger Vereinbarung beschränkt ist [4], kommt es nicht selten vor, dass der Schuldner dem Gläubiger einräumt, die Höhe des Schadens ohne Eid und ohne Zeugenbeweis durch sein schlichtes Wort bestimmen zu dürfen. Er verpflichtet sich dahin: se credere de dampnis et expensis simplici verbo creditoris. Diese Klausel ist eine gewisse Zeit hindurch in ganz Mittel- und Westeuropa verbreitet, sie findet sich in England, Italien, Frankreich und Deutschland [5], wie denn überhaupt die

[1] Meine Entstehung der Schwurgerichte S. 383.

[2] Im Gegensatz zur germanischen Rechtssitte stellten die italienischen Juristen auf Grund des fremden Rechtes den Satz auf: per pactum non potest quis adstringi ad certum modum probandi. Guido de Suzaria, Tractatus de guarentigiato instrumento 49, bei Briegleb, Geschichte der Exekutivprozesses II 55.

[3] Vgl. oben S. 536 f. Statuten von Lucca von 1539, c. 129, bei Briegleb, Exekutivprozess II 270.

[4] R. Löning, Vertragsbruch S. 165 ff.

[5] In England, Madox, Formularium Anglicanum nr. 636, S. 359 von 1299: de dampnis et expensis, quae vel quas se simplici verbo suo dixerint

Schuldbriefe des Mittelalters seit dem dreizehnten Jahrhundert ein [245] geradezu internationales Gepräge haben [1].

Der zweite Teil des steirischen Schadenbundes enthält die exekutorische Klausel. Der Kläger kann auf Grund derselben gegen den säumigen Schuldner sofort einen gerichtlichen Zahlungsbefehl erwirken. Zahlt der Schuldner nicht bis zum nächsten Gerichtstermin, so wird der Gläubiger von Gerichts wegen aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt, der Schuldner ist aber in der Lage, durch Einreden gegen den Schuldbrief [2] und durch dessen Anfechtung der gerichtlichen Exekution vorzubeugen.

Kommt es infolge eines solchen erlaubten Einspruches zu [246]

---

sustinuisse ... In Italien, Ficker, Forschungen IV 427, nr. 415 von 1249: credendo de dampnis et expensis simplici verbo dicti massarii vel certi nuncii communis Imole sine sacramento et testium probatione. In Frankreich, Roisin, Franchises de Lille ed. Brun-Lavainne S. 303 von 1284: proumetons a rendre ... a le personne, qui cheste lettre aroit quele quelle fust, tous cous et tous damages et tous frais, tous despens ... sour son dit ou sour le dit de son commant sans autre prueve avec les cent l. ... et 20 l. en nom de paine. Teulet, Layettes du tresor de chartes II 510, nr. 3097 von 1243: et inde debent credi ipsi creditores et eorum ordinium eorum verbo absque testibus et sacramento. [Beaumanoir 35, 19. Liber practicus Remensis 192 in Varin, Archives législatives de la ville de Reims I 166.] In Deutschland, Lörsch und Schröder, Urk. z. G. d. d. Pr.R. nr. 206 von 1398: umb denselben kosten und schaden allen des vorgenannten Claus ... einvaltigen worten âne eide und ander bewisung ze globende; Eigenbrodt a. O. S. 233 von 1523: alle iren schlechten wortten sonder einiche eyde oft beweiss darumb zu thun zu glauben. A. O. S. 237 von 1629: des Schadens und Unkosten halber ist insonderheit verglichen ... dass deswegen ... der Käufer oder ... wissentlichen Inhaber schlechten einfältigen Worten ohne einige weitere Beteuerungen geglaubt werden solle. Siehe Rockinger, Briefsteller S. 599. 601. 944.

[1] Auch die exekutorische Klausel, das Einlagerversprechen, die Verpfändungsklauseln, die Inhaberklauseln haben im Mittelalter allenthalben Anwendung gefunden. Ebenso kosmopolitisch sind die Formen der Quittung, der Amortisation und des Wechsels. Am frühesten scheint sich das Mutterland des europäischen Schuldurkundenstils, Italien, von den übrigen Kulturländern isoliert zu haben. Auf den Champagner Messen des vierzehnten Jahrhunderts reichen für alle Nationen, die sie besuchen, die gewöhnlichen Messnotare hin, ausgenommen die Italiener, welche für ihre unter einander abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zwei besondere tabelliones haben. Ordonnance pour la reformation des foires de Champagne von 1344, § 28 und § 25, Ordonnances du Louvre II 206.

[2] Ausgeschlossen sind frembde eintraeg, so dem schuldbrieff nit aygen noch anhengig vnd nur andere ansprachen betreffen thaeten.

kontradiktorischer Verhandlung, so ist dem Beklagten kein gwalt oder übergab am gerichtsstab gestattet; nur dann soll er befugt sein sich vertreten zu lassen, wenn er bekanntermassen von gemainen vatterlands nutzes wegen gebraucht wird und deshalb nicht persönlich vor Gericht erscheinen kann.

Anders steht es in der Regel mit dem Vertretungsrechte des Klägers. Der Kläger kann durch einen Gewaltträger handeln, wenn — was gewöhnlich der Fall ist — der Schuldbrief die Orderklausel enthält.

> Gleichfalls *mag ein yeder sein klag*, weil gemainklich alle schuldbrieff mit disen cleüseln: *„wer denselbigen mit guten willen inhanden“* begriffen, *durch gewalt wie im hofrechten*, so er aygner person der sachen nit nachwarten kann, *handeln lassen.*

Wenn aber die Orderklausel in dem Schuldbriefe fehlt, so muss der Kläger stets persönlich vor Gericht erscheinen und zwar trotz des Landschadenbundes, der doch in Bezug auf die Liquidation des Schadens das schlichte Wort des Gläubigers oder seines Gewalthabers für massgebend erklärt.

> Wo aber dises cleüsel in dem schuldbrief nicht ausstrücklich vermelt, so soll ein yeder klager, da schon der schadenpundt in denselben schuldbrieff angezogen, selbs personlich zum rechten zu erscheinen schuldig sein.

Geldschuldbriefe, welche den Landschadenbund nicht enthalten — sie haben die seltene Ausnahme gebildet [1] — sind im Land-

[1] Ueber den Landschadenbund spricht sich Suttinger in den Consuetudines Austriacae (1718) S. 430 aus wie folgt: Es ist in diesem Land der Gebrauch, dass fast in allen Schuldverschreibungen die clausula bey Verbindung des gemeinen Landschaden-Bunds in Oesterreich eingeruckt wird und wissen die wenigsten, was diese clausula würcke. So viel ich anhero in Erfahrung bringen können, würcke die Clausul des Land-Schaden-Bunds erstlichen so viel, dass gleichwie in Steyer (in welchem Land man auf diese Clausul ein sonderbares Absehen hat) also auch in diesem Land (im Erzherzogtum) auf eine Privat-Verschreibung wider die Ordnung der gemeinen Rechten gleich alsobald die Execution erteilt wird und dieses aus gemeiner Verbindung der Länder propter fidem publicam, ungehindert solche Execution einem oder dem andern privato debitori zu Schaden gereichen möchte. Zum andern hält diese clausula auch die Expensen, Interessen und Schäden in sich, wie zu sehen in der hochlöblichen Regierung Motiven-Buch. Sonsten aber wird unter dem Landschaden-Bund tacite keine Verpfändung, sondern allein der Schaden mit seinem Anhang und Accessoriis begriffen.

rechte nach gemeinem Landesgebrauch im Wege der gewöhnlichen [247] Klage geltend zu machen. Enthielten sie die Orderklausel, so konnte der Kläger, wie wir ergänzen dürfen, durch einen Gewalthaber klagen.

Die Landrechtsreformation Steiermarks von 1618 beseitigte das Verbot des Aufgebens von Klage und Antwort und gestattete in Art. 14 ausdrücklich die allgemeine Zulassung von Sollizitatoren und Gewaltträgern. Demnach hatten nun die Sonderbestimmungen über die Vertretung auf Grund eines Schuldbriefs mit der Orderklausel keine rechtliche Bedeutung mehr. In der That ergibt sich, wenn man den Art. 27 der Reformation von 1618 „von obligationen und verschreibungen so beim landschadenbundt auffgericht werden“ mit dem Artikel 36 der Reformation von 1574 vergleicht, dass erstere alle Stellen der letzteren unterdrückte, welche das Recht, durch einen Gewalthaber zu handeln, betreffen, den von der Orderklausel handelnden Passus nicht ausgenommen.

Die gewonnenen Ergebnisse werden bestätigt und ergänzt durch die Kärntner Landesrechtsordnung von 1577, welche nach dem Muster der steirischen von 1574 ausgearbeitet worden ist. Die Kärntner Landesrechtsordnung stellt den Rechtssatz über die Schuldbriefe mit der Orderklausel nicht, wie ihr steirisches Vorbild, in den Artikel von den Schuldbriefen, sondern bezeichnenderweise in [248] den Artikel von den gerichtlichen Stellvertretern, welcher die Ueberschrift führt: Von gewälten [1].

> So ainer ainen schuldbrief oder ander verschreibung hette, die in sich hielten: „oder wer denselben schuldbrief mit jrem willen jnnen hette“, *die muegen mit ainer schrifftlichen vrkund oder aber mit vergreiffung am gerichtsstab vbergeben* vnd solle darauf weiter was landsrecht ist gehandelt werden [2] (27).

---

[1] Die Kärntner L.O. teilt diese Auffassung mit den französischen Rechtsquellen des Mittelalters, welche die lettres au porteur in der Lehre von den procureurs oder im unmittelbaren Anschluss daran zu behandeln pflegen. Vgl. oben S. 601.

[2] Die Kärnter L.O. gestattet die Bestellung eines Gewalthabers ausserdem wegen Leibesschwachheit. Diese muss aber in der schriftlichen Vollmacht, die den Gewalthaber bestellt, bei Eid und Gewissen als Verhinderungsgrund beteuert werden.

Dass es für die Wirkung der Orderklausel gleichgültig ist, ob der Brief den Schadenbund enthält, geht aus dieser Stelle mit Evidenz hervor, ebenso dass die Gewaltigung nicht nur am Gerichtsstab, sondern auch durch schriftliche Vollmacht erfolgen konnte.

Aus den mitgeteilten Stellen der Landesrechtsordnungen für Steiermark und Kärnten ergibt sich, dass die Klausel „oder wer den Brief mit ihrem willen inne hat“ in der Zeit der versagten oder beschränkten Stellvertretung die sehr praktische Wirkung hatte, das Recht aus dem Briefe durch den Briefinhaber verfolgen zu dürfen.

Aber auch die Bedeutung des Willebriefs tritt nunmehr in schärferen Umrissen zu Tage. Es ist eine Einseitigkeit, wenn Platner behauptet, der Inhaber des Schuldbriefs mit der Orderklausel müsse sich stets durch einen Willebrief legitimieren. Dem Schuldner gegenüber hat der Willebrief nur die Funktion eines Beweismittels. An sich aber kann der Beweis, dass der Inhaber den Brief mit Willen des namentlich Genannten innehabe, durch
[249] jedes beliebige Beweismittel hergestellt werden. Erfolgte die Gewaltigung des Briefinhabers vor Gericht, so machte das mündliche oder schriftliche Gerichtszeugnis oder das Zeugnis der Dingmannen den Willebrief überflüssig [1]. Ebenso konnte ohne Zweifel gewöhnlicher Zeugenbeweis eintreten, wenn der namentlich Genannte die Urkunde vor Zeugen übergab. Nicht minder konnte sein schriftliches Zeugnis, der Willebrief, durch seine mündlich vor Gericht abgegebene Erklärung ersetzt werden. Sogar ein Beweis mit Eideshelfern ist nicht ausgeschlossen. Der Inhaber darf, wie ausdrücklich bezeugt ist, nach toter Hand, das heisst, wenn der namentlich Genannte verstorben ist, die gutwillige Begebung des Briefes mit Eideshelfern (selbsiebent) beschwören [2].

---

[1] In dem Rechtsfalle aus Brandenburg bei Stobbe a. O. S. 418 wird dem Kläger aufgetragen, entweder mit des gerichtes und scheffen brive zu beweisen, dass der namentlich Genannte ihm den Schuldbrief mit gutem willen vor gerichte vorlassen habe, oder nach todter Hand selbsiebent den Beweis gutwilliger Begebung zu führen.

[2] In dem Magdeburger Schöffenurteil aus Wasserschleben, Sammlung I 402, Stobbe a. O. S. 419 wird dem Aussteller des Schuldbriefs, welcher sich auf eine Quittung beruft, aufgetragen selbsiebent nach todter Hand zu beweisen, dass derjenige, von dem die Quittung herrührt, den Schuldbrief mit dem guten Willen des namentlich genannten Gläubigers innehatte.

Anders musste sich aber das Verfahren zum Beweise des guten Willens dann gestalten, wenn ein Beweisgedinge vorlag, wenn die Kontrahenten bei dem Abschlusse des Vertrags ein bestimmtes Beweismittel gewillkürt hatten. Das geschah nicht selten in der Weise, dass das vereinbarte Beweismittel in die Orderklausel neben den Worten „mit ihrem Willen“ eingefügt wurde. In solchen Fällen konnte der Beweis des guten Willens nur gemäss dem Beweisgedinge durch das gewillkürte Beweismittel geführt werden. Manchmal wird Zeugenbeweis bedungen. So in einer Urkunde von 1401: wer auch den brif ynnen hat mit iren guten willen und wört und mit gewissen piderlewt, der soll volle macht haben das gelt zu vodern[1]. Mitunter wird bestimmt, dass der Inhaber sich durch [250] einen Willebrief ausweisen soll. Wer dann den brief mit irem willen und willbrief innehat, der mag solichs erfordern[2]. Oder es soll nicht ein beliebiger Willebrief, sondern nur ein näher qualifizierter Willebrief genügen. Ein Willebrief mit bedingter Quittung: Dictam pecuniam presentabimus . . vel ipsi magistro (hospitalis S. Mariae Theutonicorum Jerusalemitani) vel eius successori vel ei qui nobis presens scriptum reportaverit cum patenti littera dicti magistri testimonium perhibenti quod, postquam tali persone sepedictam presentaverimus pecuniam, ex tunc nos . . . simus de ea quiti penitus et liberi et soluti[3]. Oder ein Willebrief mit gewissen Siegeln: wer den brief mit meinem guten willen innhat und des einen offen brief mit meinem und tzweier oder drier insigeln hab . .[4] Nach alledem ist also der Willebrief nur dann ein notwendiges Erfordernis für die Geltendmachung des Rechts durch den Inhaber des Hauptbriefs, wenn der Hauptbrief durch ein den Willebrief verlangendes Beweisgedinge die übrigen von dem gesetzlichen Beweisrechte dargebotenen Beweismittel ausschliesst.

Das in der Urkunde ausgesprochene Belieben der Contrahenten bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Inhaber des Briefes das Recht daraus geltend machen könne. Für diese Voraussetzungen ist der Inhalt der Inhaberklausel i. w. S. und nur dieser massgebend. Es lautet daher das Beweisthema bei der Orderklausel gemäss ihrem Wortlaute dahin, dass der Inhaber den Brief

[1] Mon. Boica XXV, nr. 64 aus Platner a. O. S. 137, Anm. 32.
[2] Urk. von 1438, Mon. Boica XXXIV, 1, nr. 146.
[3] Urkunde von 1287, Codex dipl. Lubic. I 471, Stobbe a. O. S. 413.
[4] M. B. l. c. nr. 114.

mit dem guten Willen des namentlich Genannten innehabe. Diese Innehabung setzt die Thatsache gutwilliger Begebung voraus. Doch
[251] brauchte das Beweisthema gemäss dem Charakter des deutschen Beweisverfahrens nicht gerade auf den Akt der Begebung gestellt zu werden[1]. Wird der Beweis nach toter Hand durch Eid mit Eideshelfern geliefert, so mag der Eidestenor schlechthin die Innehabung mit dem guten Willen des namentlich Genannten beteuern[2]. War der Beweis durch ein Privat- oder Gerichtszeugnis oder durch eine schriftliche Urkunde zu leisten, so ging das Beweisthema wenigstens in der Regel dahin, dass der namentlich Genannte den Brief dem Inhaber gutwillig begeben habe. Das Rechtsgeschäft, durch das der Präsentant in den Besitz des Papiers gelangt, die causa traditionis im Sinne des älteren deutschen Rechts steht vollständig im Ermessen des namentlich Genannten. Doch darf dadurch die Absicht, dass der Inhaber den Brief gegen den Aussteller geltend mache, nicht von vorneherein ausgeschlossen sein. Wurde etwa das Papier nur zum Zwecke vorläufiger Aufbewahrung deponiert, so konnte der Inhaber nicht als Inhaber mit gutem Willen des namentlich Genannten erscheinen, wenn er von dem Briefe vertragswidrigen Gebrauch machte, indem er beispielsweise die Briefschuld einklagte. Nur als Beweismoment für eine gutwillige Begebung, welche die Geltendmachung des Papiers nicht ausschliesst, kommt im Verhältnis des Inhabers zum Aussteller der Rechtstitel des ersteren in Betracht. Zum eigentlichen Beweisthema wird die causa traditionis nur dann, wenn die Inhaberklausel oder der ganze Kontext der Urkunde sie mittelbar oder unmittelbar auf einen bestimmten Rechtsgrund beschränkt. Das ist der Fall bei der Stellvertretungsklausel, kraft welcher nur jener Inhaber als legitimiert erscheint, welcher den Brief mit gutem
[252] Willen des namentlich Genannten als dessen Stellvertreter, also auf Grund einer Vertretungsvollmacht innehat[3].

---

[1] Vgl. über den Beweis der traditio cartae Brunner, Carta und Notitia, ein Beitrag zur Rechtsgeschichte der germanischen Urkunde in den Commentationes in honorem Mommseni 1877, S. 588 (S. 21 des Separatabdrucks).

[2] Siehe oben S. 650, Anm. 1.

[3] Codex dipl. Lubic. I, 1, nr. 450, von 1283: promittimus domino R. vel eius certo nuncio vel alii, qui nobis nomine ipsius presens publicum instrumentum restitueret, dare . . . 128 libras. In Bayern finden sich zahlreiche

Der Brief mit der Orderklausel kann zum Zwecke der Bestellung eines Gewalthabers, er kann aber auch zu dem Zwecke übergeben werden, um dem Inhaber das verbriefte Recht selbst zu übertragen. Unrichtig ist die Behauptung, dass der Inhaber stets den Beweis der Cession habe führen müssen. Unrichtig die Ansicht, dass der Inhaber nicht ein blosser Bevollmächtigter sein konnte [1]. Die Bestimmungen der steirischen und der kärntnerischen Landesrechtsordnung sprechen in dieser Beziehung deutlich genug. Solange und soweit die gerichtliche Stellvertretung versagt oder beschränkt war, ermöglichte die Orderklausel die Bestellung eines Gewalthabers. Solange und soweit die beliebige Uebertragbarkeit des im einzelnen Falle verbrieften Rechtes ausgeschlossen oder beschränkt war, ermöglichte die Orderklausel die Uebertragung des Rechtes auf den Inhaber [2], ausgenommen wenn jene Rechtssätze ius cogens waren; bei Forderungen aus Schuldverträgen verhalf sie zur Uebertragung der Forderung ohne die [253]
im älteren Rechte erforderliche Zustimmung des Schuldners [3].

Der Ausdruck Willebrief schliesst sowohl die Vollmachts-

Veräusserungsurkunden über Grundstücke und immobiliare Rechte, welche zum Schluss die Bestimmung enthalten: was wir (der Veräusserer) oder yemant anders von vnnsern wegen furbas mit in (dem Erwerber) darüber kriegen oder rechten wollten mit gaistlichen oder werntlichen rechten oder on recht, das alles geben wir in *oder wer den brief von iren wegen mit irem guten willen inne hat, zaigt vnd fur bringt* on aller stat recht vnd gewonnen vnd vns gannczlich vnrecht vnd verloren. Mon. Boica XXVI 405, nr. 358, von 1437. Vgl. die zahlreichen Citate bei Platner a. O. S. 133, Anm. 28.

[1] Auch die moderne Orderklausel gestattet neben dem unbeschränkten Indossament ein blosses Prokuraindossament.

[2] Das Verhältnis der Inhaberklauseln zum Näherrecht bei Rentenbriefen möge hier eine offene Frage bleiben.

[3] Siehe oben S. 602. Für die daselbst vertretene Ansicht spricht u. a. folgende Stelle der Goslarischen Statuten, Göschen S. 70, 8—10: Neman mach des andern scult vörderen mit gerichte, he ne si von deme kleghere to vormunde ghekoren (als gerichtlicher Vertreter) unde wille weder vor ine antwurden. Distinct. III, 10, 3; Pölman V, 8. Nach den sächsichen Rechtsbüchern gelten die Geldschulden im allgemeinen als Bringschulden (s. oben S. 533). Ist es denkbar, dass der Gläubiger, indem er durch Cession der Forderung den Erfüllungsort veränderte, die Lage des Schuldners verschlechtern durfte? — Wiener St.Rb. 19 (Schuster): Klagt ein Dritter, die chlag hat chain chraft, es sei denn, dass dem Kläger das Geld geschaft (angewiesen worden) sei in Gegenwart des Schuldners und dieser gelobt habe, es ihm zu geben. Vgl. Kl. Kaiserr. II, 38.

urkunde als auch die Cessionsurkunde in sich. In einer Urkunde von 1421 übergibt der Pfandgläubiger seinem Bruder einen Pfandbrief mit der Orderklausel, auf dass dieser, wenn er ihn überleben sollte, alle die recht an der pfantschaft nach innhalt des pfantschafftsbriefs hab vnd haben sol, als mir vnd meinen erben daran ist verschriben vnd im derselb pfantbrief . . als krefftig vnd nüczlichen sin sol als ob er von wortt zu worte mit namen auf sin selbst person geschriben were . . . Vnd des zu warem vrkund han ich im disen offen *wilbrief* gegeben [1]. Dagegen bedeutet in einer Urkunde von 1438: wer dann den brief mit irm willen vnd *wilbrief* innhat vnd fürbringt, der mag solichs von der benanten zwayr stift wegen erfordern vnd einpringen den vorgenanten zwain stifften zu nütz, das Wort Willebrief eine blosse Vollmachtsurkunde [2].

Für Willebrief findet sich gelegentlich auch der technische Ausdruck: guter Wille, so in Böhmen (czechisch dobra wule [3]).
[254] Die in Willebriefen nicht seltene Formel: das ist mein guter Wille, welche sich ihrerseits an den Wortlaut der Orderklausel anschliesst, mag den Anlass zu dieser Bezeichnung gegeben haben.

Wo man die Stellvertretung vor Gericht ohne Nachweis der Vollmacht gegen Bürgschaft zuliess [4], da musste man in Konsequenz dieser Ausnahme auch den Inhaber des Briefes mit der Orderklausel gegen Bürgschaft und ohne Willebrief oder sonstigen Beweis gutwilliger Begebung als Vertreter zulassen. Denn er konnte doch füglich nicht schlechter gestellt werden, als der negotiorum gestor, der etwa mit einem Schuldbrief ohne Inhaberklausel klagte.

---

[1] Mon. Boica XXXIV, 1, p. 278, nr. 114.

[2] Platner a. O. S. 138, Anm. 33.

[3] Böhmische Landesordnung von 1627, L, 15: Ein jede Schuldverschreibung oder Schuldbrieff mag der Gläubiger . . durch dobrau wuly einem andern übergeben und abtretten. Ein dobrá wule aber oder guter Wille muss auf Pergament geschrieben und neben des Gläubigers Insigel noch mit zweyer schrifftlich oder mündlich darzu erbettener Zeugen anhangenden Insigeln bekräfftigt werden. (Vgl. über die drei Siegel oben S. 651.) Wo wie in der böhmischen LO. von 1627 die Uebertragbarkeit des Schuldbriefes auch ohne Inhaberklausel anerkannt war, wurde die Anwendung „des guten Willens“ auf die Abtretung von schlichten Namenpapieren erstreckt.

[4] Vgl. oben S. 642, Anm. 2.

2. Die alternative Inhaberklausel.

Ein schon von Stobbe[1] verwertetes Magdeburger Schöffenurteil, welches uns in einer Handschrift des fünfzehnten Jahrhunderts überliefert ist, spricht sich ausdrücklich dahin aus, dass der Inhaber eines Briefes mit der Klausel: „ader wer dessin brieff innehad, forder keyne bewisunge“ zu thun braucht, „wenne daz her den vorsigilten brieff vorlege“. Diese Stelle beweist die Entbehrlichkeit des Begebungsbeweises um so schlagender, als dasselbe Urteil in seinem ersten Teile von dem Schuldner, der sich [255]
durch einen Brief mit der Orderklausel verpflichtet hatte und die Zahlung an den Inhaber behauptet, neben der Quittung des letzteren den Beweis verlangt, dass dieser den Schuldbrief mit Willen des namentlich genannten Gläubigers innehatte.

Die Aeusserung Stobbes, dass ihm nur dieses einzige Quellenzeugniss über die rechtliche Bedeutung der alternativen Inhaberklausel bekannt sei, gab von Poschinger den Mut, diesem „ganz vereinzelten Dokumente“ einen nur ganz geringen Wert beizulegen. Auf alle Fälle sei es höchstens ein Beleg für eine ganz lokale Rechtsanschauung[2]. Nirgends fänden sich Anhaltspunkte, dass sich diese auch anderwärts Bahn zu brechen verstanden habe[3].

Bei dieser Sachlage gewinnt ein neues Quellenzeugnis, welches denselben Rechtssatz ausspricht, wie jenes Magdeburger Urteil, erhöhte Bedeutung. Es handelt sich um eine bisher nicht verwertete Entscheidung des Iglauer Oberhofs[4], die im vierzehnten Jahrhundert und zwar jedenfalls vor 1368[5] nach Czaslau erging.

Ein gewisser Wenzlab klagt gegen Peter Teycher und Jeckel Reynprecht um eine Rente von 150 Schock Prager Pfennige und 15 Schock Zinses, über welche er einen Stadtbrief mit dem Czaslauer Siegel erhalten habe. Dieser Brief sei ihm „entfremdet worden und er habe ihn verloren“. Die Beklagten gäben zu, dass

---

[1] Zeitschrift für Handelsrecht XI 245, aus Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen I 401 ff.

[2] Befugnis S. 19, Anm. 41.

[3] Beitrag S. 39.

[4] Tomaschek, Der Oberhof Iglau in Mähren und seine Schöffensprüche S. 152 ff., nr. 259.

[5] Vgl. Tomaschek a. O. S. 34. 35.

sie den Brief besässen. Es sei aber dieser Brief sein, des Wenzlab Eigentum, da er darin mit seinem christlichen Namen (als Rentengläubiger) genannt sei. Er bitte daher um ein Urteil:

> ob nu derselbe Wenczlab dez selben geldes icht neher czu
[256] beherten und czu behalten wer mit seym aygen pryeffe, danne Petir Teychel und Jeckel Raynprecht oder was dorumme eyn recht sey.

Die Beklagten entgegnen, sie hätten einen guten ganzen Brief über die Rente mit dem Insiegel der Stadt; sie hätten ihn mit Recht, wanne sy nicht sulche lewte seyn, ab got wil, dy den lewten das jre enpfremden. Sie hätten den Brief nicht auf der Strasse gefunden, sondern um ihre wohlgewonnene Habe gekauft. Zudem hätten sie den Brief seit drei Jahren in ihrem Besitze ohne alle Widersprache und hätten damit den Zins ohne jedes Hindernis bezogen. Der Brief aber laute:

> wer dysen kegenwortigen pryef hat, der hat alle dy recht dy vor dorynne geschryben sten an aller lewte wyderrede.

Das Urteil der Iglauer Schöffen, welchen der Fall von den Czaslauern zur Entscheidung vorgelegt wurde, fiel dahin aus:

> das der statpryef recht hat czu deme gelde, das dor ynne geschryben stet, wenne der pryef nicht vorhalden ist, wenne dorynne geschriben stet: vnd welcherley den kegenwortigen pryef hat, dem schollen alle dy recht, dye hye oben geschriben sten.

Die Klage des Wenzlab, des namentlich genannten Gläubigers, gegen die Briefinhaber ist erfolglos, weil er ihnen nicht nachweist, dass der Brief verhalten, mala fide erworben worden sei. Die Besitzer behalten auf Grund der alternativen Inhaberklausel den Brief und die Rente, obwohl sie nicht einmal einen Auktor anführen, sondern nur in Ausdrücken von geradezu naiver Allgemeinheit ihre Redlichkeit beteuern. Die Innehabung des Briefes gibt das Recht zu dem Gelde, ein Gedanke, den die Schöffen von Iglau durch Personifikation des Briefes ausdrücken, indem sie sagen: Der Stadtbrief hat das Recht zu dem darin verschriebenen Gelde.

Wäre bei Urkunden mit der alternativen Inhaberklausel neben
[257] der Innehabung der Beweis gutwilliger Begebung durch den namentlich Genannten erforderlich gewesen, so wäre nicht bloss das vorliegende Urteil, sondern der ganze Rechtsstreit unmöglich ge-

wesen. Peter Teycher und Jeckel Reynprecht hätten dann nicht durch drei Jahre die Rente beheben können. Würden die Rentenschuldner sie trotz mangelnden Begebungsbeweises ausbezahlt haben, so hätte der namentlich genannte Wenzlab die Rente gegen sie einklagen können und die Schuldner hätten sich durch die Quittung der Inhaber allein nicht gegen diese Klage schützen können [1].

In einem Frankfurter Rechtsfalle von 1442 klagt ein gewisser Johann Ecke als Inhaber eines Briefes, lautend auf Henne Doringe, seine Hausfrau, ihre Erben oder den behelder des Briefs, ohne sich, wie schon Lörsch und Schröder betonten, auf ein bestimmtes Successionsverhältnis zu dem ursprünglichen Gläubiger zu berufen [2].

[In einem lübischen Rechtsfalle [3] vom Jahre 1499 klagt ein Bürger von Köln, Hermann Zyderdissen, gegen einen Lübecker, Johann Cleytzen, um hundert rheinische Gulden auf Grund eines Schuldbriefes, der auf Francke Greverode zu Köln, dessen Erben offte hebbern des breves lautete. Der Beklagte bekennt Unterschrift und Siegel, verlangt aber, dass der Kläger seine Vollmacht von Francke Greverode vorweisen solle (sine macht van F. G. scholde togen). Es ward erkannt, dass der Beklagte sich verantworten müsse, nademe de breff inholdt: hebbere des breves. Der Einwand der mangelnden Vollmacht wird sonach mit Rücksicht auf die alternative Inhaberklausel zurückgewiesen.]

Der Rechtssatz, dass bei der Urkunde mit der alternativen Inhaberklausel das Klagrecht des Inhabers von dem Begebungsbeweise unabhängig sei, kann sonach nicht als eine höchstens lokale Rechtsanschauung betrachtet werden und zwar um so weniger, weil er schon in fränkischer Zeit gegolten hat und durch italienische Urkunden des elften Jahrhunderts nachgewiesen ist [4].

Denselben Rechtssatz enthalten die Costumen von Antwerpen, genannt in antiquis, von 1570, Tit. 27, indem sie es als eine von alter Zeit hergebrachte Gewohnheit bezeichnen, dass man auf Grund der Klausel: Ich gelobe Euch oder dem Bringer dieses zu zahlen, den Schuldbrief geltend mache, obgleich der Inhaber darin nicht genannt sei, noch einen Titel oder eine Cession für sich anführe.

---

[1] Vgl. oben S. 655 f.

[2] Lörsch und Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts nr. 267 [294] aus Thomas, Oberhof.

[3] Pauli, Lübeckische Zustände im Mittelalter III (1878) S. 107.

[4] Siehe oben S. 582 ff.

[258] Aus den Antwerpener Costumen ist dieser Grundsatz in die von Deurne und in das Geldernsche Landrecht von 1619 übergegangen[1]. Auf den gleichen Rechtssatz lässt die Brügger Gerichtsordnung von 1527 zurückschliessen[2]. In Holland ist er u. a. durch die Handfesten von Dortrecht von 1570, die Costumen und Usantien von Südholland von 1571[3] und durch ein Amsterdamer Weistum von 1635 vertreten[4].

Dass im nördlichen Frankreich das Papier mit der Klausel: ou a celluy qui ces lettres portera, ebenso behandelt wurde, bezeugt die ausführliche, bisher regelmässig übersehene Darstellung der
[259] Inhaberpapiere in Bouteillers Somme rurale, welche gegen Ende des vierzehnten Jahrhunderts verfasst worden ist.

Eine Rechtsquelle des südlichen Frankreich, von der pyrenäischen Grenze, nämlich der For général de Béarn enthält in einer vermutlich dem dreizehnten Jahrhundert angehörigen Stelle folgenden Ratschlag: Wenn jemand als Inhaber einer Urkunde klagt, welche die Klausel enthält: qui ab (avec) aquesta carta domandera, und der Gegner fragt, welchen Titel (poder, potestas) er oder ob er Vollmacht habe, so soll er antworten, dass er seinen vollen Titel

---

[1] Hecht, Ein Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in den Niederlanden 1869, S. 52 ff.

[2] Coutumes de Bruges ed. Gilliodts van Severen II 315, nr. 127, § 5.

[3] Hecht a. O. S. 43.

[4] Hecht a. O. S. 94, Handfesten von Amsterdam II, Hoofdstuk 52. Weitere Angaben in der sorgfältigen Arbeit von Hecht. Es ist hier nicht der Ort, auf die Geschichte des Inhaberpapiers in den Niederlanden näher einzugehen. Doch kann ich nicht umhin, dem Standpunkte Hechts in einer Beziehung zu widersprechen. Er betrachtet es als die erste Entwickelungsstufe des Inhaberpapiers, dass der Inhaber einer Obligation mit der Klausel dem Bringer, Vorzeiger des Briefs, als solutionis causa adiectus gilt und an und für sich nicht zur Klage berechtigt ist. Der Standpunkt der Statuten von Dortrecht, Antwerpen u. s. w. erscheint ihm als der einer fortgeschritteneren Entwickelung. Ich betrachte letztere Auffassung als die ältere, jene hingegen als eine unter dem Einfluss der Romanisten erfolgte Trübung des hergebrachten Rechtes, welche nach längerem Kampfe wieder überwunden werden musste. Ein wesentliches Argument ist mir die Vergleichung der Sätze Damhouders mit jenen, welche Bouteiller an der Scheide des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts in der Somme rurale aufstellte. Die Ausführungen Damhouders aus Brügge (gest. 1581) in c. 97 seiner Praxis rer. civil. lehnen sich eng an die Somme rurale an, deren lebhaften Gebrauch in Belgien eine flämische Uebersetzung beweist. [H. Brunner, Das französ. Inhaberpapier S. 36 ff.]

in der Urkunde habe vermöge der Klausel: qui ab aquesta carta domandera. Selbst wenn der Inhaber eine Vollmacht des namentlich Genannten besitze, so möge er sie nicht vorweisen, weil das den Prozess verlängern würde [1].

Um von diesem Ausblick in fremde Rechte, welche das Papier [260] mit der alternativen Inhaberklausel gleichfalls als ein wahres Inhaberpapier behandeln, wieder nach Deutschland zurückzukehren, sei es gestattet, zur Bestätigung der gewonnenen Ergebnisse auf eine Aeusserung von David Mevius († 1670) zu verweisen, welche v. Poschinger aufgefunden [2] hat. Mevius sagt in seinem vollständigen Commentarius von wucherlichen Kontrakten: Wenn der Schuldbrief enthalte, dass der Schuldner dem creditori, seinen Erben oder des Briefes Einhabern Zahlung thun solle, so sei der Inhaber ex possessione zu der action befugt. Er bedürfe keiner Allegation oder Probation des tituli, sondern er könne ohne solche die Immission in die Güter des Schuldners erlangen. Ein anderes aber sei es, wenn nicht schlechterdings des possessoris und Einhabers, sondern des bonae fidei possessoris und getreuen oder gerechten Brieffes Einhabers gedacht worden ist. Demselben wird die Immission nicht fort erlaubet, sondern muss fürhero sambt der Einhabe dero benannte Qualität darthun. Dabei sei aber nicht der Beweis eines gewissen Titels nötig, sondern es genüge darzuthun,

[1] Fors de Béarn, rubr. 42, art. 110: si augun homi stram o privat domande diers a d'autre ab carte et que la carte nos mentabi deu nomi deu portador et que lo deffendor domani, quenh poder n'a o si n'a procuration, et que eg digue et propausi en lo son rasonat, que aqui plen poder ha en la carta, car la carta dits, „qui ab aquesta carta domandera"; et si procuratori ave, que non mustras; car si ac faze, lo pleyt lo s'en alancare. Fors de Béarn, législation inédite du 11me au 13me siècle p. p. Mazure et Hatoulet. Pau et Paris. Wenn ein Fremder oder ein Privatmann von einem andern Geld mit einem Briefe einklagt und der Brief den Namen des Inhabers nicht erwähnt und der Beklagte fragt, welchen Titel er habe oder ob er Vollmacht habe, so soll jener sagen und vorbringen in seiner Erwiderung, dass er vollen Titel in dem Briefe habe, denn der Brief sagt, „wer mit diesem Briefe fordert"; und wenn er Vollmacht hat, so zeige er sie nicht, denn wenn er das thäte, so würde der Rechtsstreit verlängert. Der For général ist in der vorliegenden Gestalt eine den Charakter eines Rechtsbuches tragende Kompilation von Statuten und Rechtssprüchen, welche dem elften bis vierzehnten Jahrhundert angehören. Die Hauptmasse der verwerteten Urteile stammt aus dem dreizehnten Jahrhundert.

[2] Beitrag zur Gesch. der Inhaberpapiere S. 16.

dass er mit Wissen und Willen des creditoris oder seiner Erben den Brief bekommen habe.

Was die praktische Brauchbarkeit der alternativen Inhaberklausel anbelangt, so bot sie gegenüber den Beschränkungen der gerichtlichen Stellvertretung den namhaften Vorteil, dass der Inhaber klagen konnte, ohne dass er dazu einer schriftlichen Vollmacht oder eines Begebungsbeweises bedurfte, wie bei der Orderklausel. Ist der Inhaber, der zur Anstellung der Klage ausersehen wurde, verhindert, persönlich vor Gericht zu erscheinen, so mag er das Papier durch einen Vertrauensmann einklagen lassen. Im Verhältnis zu den Rechtssätzen, die der beliebigen Uebertragung des in der Urkunde verschriebenen Rechtes im Wege standen, gestattete
[261] die alternative Inhaberklausel die Uebertragung des Rechtes — sofern jene Rechtssätze nicht ius cogens waren — ohne dass eine Cessionsurkunde oder ein Begebungsbeweis wie bei der Orderklausel zur Geltendmachung durch den Inhaber nötig gewesen wäre. Das Papier konnte durch beliebig viele Hände gehen, die Begebung war nicht auf die Hand des namentlich Genannten beschränkt. Das innere Verhältnis des Inhabers zum namentlich Genannten blieb nach aussen hin, das heisst im Verhältnis zum Schuldner latent. Auch der Inhaber eines Papiers, das dem namentlich Genannten abhanden gekommen war, hatte ein Klagrecht, wenn ihm dieser nicht unrechtmässigen Erwerb nachweisen konnte.

Ist für die Geschichte des deutschen Inhaberpapiers aus älteren Rechtsquellen ein fester Ausgangspunkt gewonnen worden, so dürfte es auch möglich sein, in das scheinbare Chaos der juristischen Litteratur des sechzehnten, siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts etwas grössere Ordnung und Klarheit zu bringen. In ähnlicher Weise wie das deutsche Pfandrecht ist das Recht der Inhaberpapiere durch die romanistische Doktrin in verhängnisvoller Weise erschüttert worden. Während das deutsche Recht die vorzugsweise praktischen Voraussetzungen der Leistungspflicht des Ausstellers an den Inhaber in erster Linie ins Auge fasste, suchten die romanistisch geschulten Juristen nach den Voraussetzungen für den Uebergang des Rechtes auf den Inhaber. Das Aufkommen der freien gerichtlichen Stellvertretung und der Uebertragbarkeit der Forderungen musste dazu beitragen, die eintretende Verwirrung zu steigern.

Die Ansichten, die bisher über die Bedeutung der älteren Inhaberklauseln gang und gäbe waren, lieferten für die allgemeine Wertschätzung des deutschen Rechtes einen recht ungünstigen Massstab. Wie man die Sache auch drehen und wenden mag, so läuft es doch immer auf einen Vorwurf arger Gedankenlosigkeit unsrer Vorfahren hinaus, wenn man genötigt ist anzunehmen, dass Jahrhunderte hindurch scheinbar vielsagende Klauseln im Rechtsverkehre üblich waren, die nichts bedeuteten und nie etwas bedeutet [262] hatten, oder Klauseln, die manchmal etwas, manchmal nichts bedeuteten. Haben die Ausführungen dieses Beitrags das Richtige getroffen, so ist damit zugleich der Beweis geliefert, dass das deutsche Recht auch in dieser Materie nicht auf verschwommenen und unfassbaren, sondern auf klaren und festen Begriffen beruhte.

XIII.

Die Erbpacht der Formelsammlungen von Angers und Tours und die spätrömische Verpachtung der Gemeindegüter.

[Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1884, germ. Abt. V 69 ff.]

Wir haben etwa ein Dutzend andegavischer und turonischer [69] Formeln[1], in welchen ein eigenartiges, früher nicht beachtetes Besitzrecht an Grund und Boden zu Tage tritt. Auf dasselbe hat zuerst Edgar Löning aufmerksam gemacht[2]. Neuerdings hat es auch Waitz besprochen[3]. Während Löning es schlechthin für Erbpacht erklärt, spricht sich Waitz minder bestimmt aus. Ihm bleibt es eine offene Frage, ob der Besitzer einen Zins bezahlte, weil in den Urkunden davon nichts erwähnt werde. „Ward ein Zins bezahlt, kann man das Verhältnis angemessen als Erbpacht

---

[1] Die formulae Andegavenses und die formulae Turonenses werden im folgenden nach Zeumers trefflicher Ausgabe der Formeln in den Mon. Germ. Leges, sectio V, 1882 citiert, jene mit A., diese mit T.

[2] Das Kirchenrecht im Reiche der Merowinger S. 717 ff.

[3] Deutsche Verfassungsgeschichte II[3], 1, S. 290.

bezeichnen; war es nicht der Fall, bleibt es undeutlich, was zu solchem Zugeständnis führen konnte".

Der juristische Charakter dieses Besitzrechtes verdient eine genauere Untersuchung. Die richtige Auffassung ist wichtig für die Erkenntnis der gallischen Grundbesitzverhältnisse zur Zeit der fränkischen Eroberung. Die Frage greift aber auch tief in die römische Rechtsgeschichte ein, denn sie steht in bedeutsamem Zusammenhange mit der Art der Verpachtung der Munizipalländereien in spätrömischer Zeit[1].

[70] Die Grundstücke, um die es sich in den Formeln handelt, erscheinen als Gegenstand verschiedenartiger Rechtsgeschäfte. Sie werden in dotem gegeben (A. 1. 40. 54) entweder zu erblichem Recht oder zu Leibzucht[2], sie werden verkauft (A. 4. 21, T. 8. 42), sind Objekt eines Tauschgeschäftes (A. 8), einer unbedingten oder einer bedingten Schenkung an Kinder (A. 37. 58), sie werden als Nutzungspfand bestellt (A. 22), sie sind in der Veräusserung von Freiheit und Vermögen inbegriffen (A. 25)[3] und können, wie aus A. 7 hervorzugehen scheint, vom Besitzer zu Prekarienrecht ausgethan werden.

Der veräussernde Besitzer ist nicht Eigentümer. Als solcher erscheint regelmässig eine Kirche, einmal auch ein weltlicher Grosser. Von den veräusserten Grundstücken heisst es, dass sie gelegen seien in terraturium sancti illius (A. 4. 8. 21. 22. 40. 54), super terra ecclesiae Andicavis (A. 25), einmal super terraturio vir inluster illo (A. 37). In form. Andeg. 7 wird das Grundstück von dem Besitzer in der Form der später so genannten precaria verliehen. Der Prekarist, der dem Verleiher eine „securitas" ausstellt, nennt es darin „res vestra et domni illius". Unter dem domnus ille ist wohl der Eigentümer zu verstehen, wogegen der verleihende Besitzer nur ein von jenem abgeleitetes Besitzrecht gehabt haben dürfte. In form. And. 58 spricht der Besitzer von res meas, obgleich er nicht Eigentümer ist, in form Tur. 8 von einer vinea

---

[1] [Mit der vorliegenden Untersuchung befassen sich die beachtenswerten Ausführungen von A. Esmein, Les baux perpétuels des formules d'Angers et de Tours in dessen Mélanges d'histoire du droit et de critique 1886, S. 393 ff.]

[2] Dabei ist an die fränkische, nicht an die römische dos zu denken.

[3] In dem Passus: vindedimus a vobis estatus nostros cum omni peculiare, quod habemus aut locare poteieremus, hat locare bereits wie das französische louer die Bedeutung mieten, conducere.

iuris mei infra terminum sancti illius, in Tur. 42 von einer casa mea in ratione (regione) illius.

Das Grundstück, über das verfügt wird, ist häufig ein Weinberg (A. 4. 22. 25, T. 8) oder ein campus schlechtweg, in T. 42 eine casa cum ipsa area, ubi posita est, infra civitatem vel burgum illum, in A. 1 eine casa cum curte circumcincta nebst „vineas, silvas, pratas, pascuas“.

Die Besitzer erscheinen, wie schon E. Löning mit Recht bemerkte, nicht etwa als persönlich abhängige Hintersassen, sondern als vollfreie Personen. Viri, domni magnifici treten (A. 1. 25, T. 8. 42) als Veräusserer oder Erwerber auf.

Die Verfügungsfreiheit des Besitzers entspricht im allge- [71]
meinen dem Veräusserungsrechte des römischen Erbpächters [1]. Das Besitzrecht ist aber nicht Emphyteusis; denn bei dieser hat der Herr im Falle der Veräusserung ein Recht des Consenses, der nicht willkürlich versagt werden darf, und im Falle des Verkaufes ein Vorkaufsrecht [2], während uns in den Formeln weder ein Consensrecht, noch ein Vorkaufsrecht begegnet. Das Besitzverhältnis ist ferner nicht Teilpacht, colonia parciaria, wie sie in f. A. 30 an einem Weinberge erscheint; denn in A. 22 wird dem Pfandgläubiger, dem der Besitzer ein Gut als Nutzungspfand bestellt hat, der volle Ertrag der Früchte, welche Gott wachsen lässt, ohne Beschränkung zugesichert. Das Besitzrecht ist ein erbliches. Der Erwerber erhält das Grundstück (A. 37) ad possedendum et hoc est abendi, tenendi seu conmutandi, posteris tuis, vel ubi tua decreverit volomtas derelinquendi. In den Wittumspakten (A. 54) heisst es: et se acnacio de nobis procreata non fuerit, hec omnia .. tenire et possedere debeas et cui volueris relinquas. Die Pönalstipulation des Veräusserers erstreckt sich auch auf die Anfechtung durch dessen Erben (A. 21).

Der Erwerber soll das Grundstück besitzen, „salvo iure sancti illius, cuius terra esse videtur“ (A. 1) oder „absque preiudicium sancti illius, cuius terra esse videtur“ (A. 8. 21. 40. 58), salvo iure ipsius sancti (T. 8), salvo iure ipsius terrae (T. 42) [3]. In dieser

---

[1] Inst. III, 24 § 3: cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quocumque modo alienaverit.

[2] Arndts, Civilistische Schriften I 226; Windscheid, Pandekten § 220.

[3] In der securitas A. 7 erklärt der Prekarist das Gut zu besitzen absque vestrum preiudicium et domni illius.

Klausel ist jedenfalls die Zinspflicht inbegriffen. Eine solche vorauszusetzen sind wir von vornherein genötigt, wenn wir nicht das Recht des Besitzers im Widerspruch mit dem Inhalt und Wortlaut der Formeln als Eigentum betrachten wollen. Bei der unbeschränkten Verfügungsfreiheit des Besitzers würde es, wenn anders ein Leiheverhältnis vorliegt, ohne die Zinspflicht an jedem aktuellen
[72] Gehalte des Eigentums fehlen [1]. Die Zinspflicht besonders hervorzuheben war kein Anlass vorhanden, wenn sie nach Art einer Reallast auf dem Grundstücke ruhte, der Eigentümer wegen Versäumnis der Zinszahlung das Gut an sich ziehen, den Besitzer abmeiern konnte. Uebrigens wird in einer andegavischen Formel, weil ein besonderer Anlass obwaltete, die Zinspflicht ausdrücklich betont. In form. And. 58 schenkt ein Vater zwei Drittel seines unbeweglichen Vermögens seinem Sohne. Er soll sie besitzen und darüber verfügen absque preiudicio sancti illius, cuius terre esse vide(n)tur. Die Schenkung ist aber an die Bedingung geknüpft, dass der Sohn den Vater für Lebenszeit verpfründe und von den in der Schenkung inbegriffenen Grundstücken den Zins entrichte. Der Vater schenkt: ea tamen condicione, ut dum advixero, mihi in omnibus tam de victo et de vestito soniare mihi debiat et ipsa terra prosolvere faciat. Es konnte im vorliegenden Falle zweifelhaft sein, ob der Sohn oder der Vater, der sich ein Drittel des Vermögens zu Gunsten seiner Erben vorbehalten hatte, den Zins zu zahlen habe. Drum wurde die Zinspflicht des Beschenkten ausdrücklich in die Schenkungsurkunde aufgenommen [2].

Nach alledem haben wir es mit einem Besitzverhältnisse zu thun, welches als Erbpacht zu bezeichnen nicht bloss angemessen, sondern kaum vermeidlich ist. Im sechsten Jahrhundert nannte man es wahrscheinlich conductio. Das in Erbpacht gegebene

---

[1] An Kriegsdienste des Beliehenen kann ebensowenig wie an Fronden gedacht werden.

[2] [Esmein a. O. S. 401 hält es für möglich, dass der Besitzer mitunter keinen Zins zu zahlen hatte; dafür beruft er sich auf Cod. Iust. XI, 62, 13. 14; XI, 66, 7; XI, 70, 5. Diese Konstitutionen, die übrigens sämtlich orientalisch sind, lassen allerdings ersehen, dass mitunter kaiserliche Domänen und städtische Güter demto canone veräussert wurden. Allein dies war bei hoher Strafe verboten und sollte trotz kaiserlicher adnotatio oder pragmatica unwirksam sein. Dass man aber den Erwerber demto canone, wenn das Geschäft wirksam gewesen wäre, noch als perpetuarius angesehen hätte, darf bezweifelt werden. Vgl. unten S. 675, Anm. 4.]

Grundstück hiess nämlich terra conducta. Diese Bezeichnung findet sich in der Ueberschrift von A. 4: hic est vindicio de terra conducta [1], wogegen es in A. 27 bei dem Verkaufe zu Eigentum heisst: incipit vindicio (de) proprietate.

Bemerkenswert ist, dass nach zwei andegavischen Formeln (21. 58) die auf den Vertragsbruch gesetzte Geldbusse zwischen dem vertragstreuen Kontrahenten und dem agens des kirchlichen Grundherrn geteilt werden soll [2]. In andern hierher gehörigen [73]
Formeln wird das Strafgedinge ausschliesslich dem vertragstreuen Kontrahenten, in A. 37 und 54 diesem und dem Fiskus zugesprochen [3]. Der agens, der Beamte der Kirche, tritt in den Formeln von Angers als vorsitzender Richter auf. Die Verabredung, dass das Strafgedinge geteilt werden soll, verfolgt den Zweck, die richterliche Gewalt in das Interesse an der Bestrafung des Vertragsbruches hineinzuziehen. In A. 57 heisst es geradezu, dass die Konventionalstrafe geteilt werden soll una cum iudice intercedentem. Ist jene Voraussetzung richtig, so müssen wir annehmen, dass in den Fällen von A. 21 und A. 54 die Gerichtsbarkeit über den Rechtsstreit um das Erbpachtrecht der Kirche zustand. Zwei Möglichkeiten liegen vor, diese Kompetenz der Kirche zu erklären. Entweder hat sich die Kirche bei der Vererbpachtung von Grundstücken die Schlichtung von Streitigkeiten darüber vertragsmässig vorbehalten, wie dies bei Leiheverhältnissen nachweislich schon sehr frühe vorkam [4]. Oder aber es hat die Jurisdiktion in derartigen Sachen der Kirche auf Grund der damals im Rechtsgebiete unserer Formeln geltenden Gerichtsverfassung von Rechts wegen zugestanden. Ein näherer Einblick in die Jurisdiktionsverhältnisse der formulae Andegavenses [5] zwingt uns die zweitgedachte Erklärung vorzuziehen.

---

[1] Diese Ueberschrift mit dem neuesten Herausgeber der Formeln als ungenau zu bezeichnen ist kein Anlass vorhanden, da noch römische Kaiserkonstitutionen des fünften Jahrhunderts die Erbpacht conductio (perpetua) nennen.

[2] A. 21: inferit inter tibi et agente sancti illius, duplet ... A. 58: et insuper inter tibi et agente sancti illius (soledus) tantus conponat.

[3] A. 37: sociante fisco conponat. A. 54: inferit inter tibi et fisco soledus tantus coactus conponere debiat.

[4] In der westgotischen Formel nr. 36 bedeutet das Versprechen des Prekaristen „responsum ad defendendum me promito afferre" die vertragsmässig übernommene Pflicht, sich vor dem Grundherrn zu verantworten.

[5] Sie bilden vom Standpunkte der über die merowingische Gerichts-

Es zeigt sich nämlich, dass die Kompetenz, die nach den andegavischen Formeln dem Abte, dem agens (ecclesiae) oder dem prepositus zusteht, ziemlich genau mit der Kompetenz zusammenfällt, die das spätrömische Recht den mediocres iudices, insbeson-
[74] dere den Defensoren überliess, während die ausschliessliche Zuständigkeit des Grafen von Angers sich ungefähr mit dem Wirkungskreise deckt, welchen die spätrömische Gerichtsverfassung dem rector provinciae als dem iudex ordinarius vorbehielt [1].

Die Defensoren waren, wie von alters her die Munizipalmagistrate, in geringfügigen Zivilsachen kompetent [2]. Nach einer Konstitution des Honorius von 395, C. Th. II 1, 8, soll der rector provinciae mit geringfügigen Sachen auch nicht sub specie criminis behelligt werden. Die Interpretatio zu dieser Konstitution spricht den mediocres iudices die Gerichtsbarkeit de parvis criminibus zu [3],

---

verfassung herrschenden Ansichten eine kaum überwindliche Schwierigkeit. Die Bemerkungen Sohms, Reichs- und Gerichtsverfassung S. 351, E. Lönings, a. O. S. 743, und Georg Meyers, Die Gerichtsbarkeit über Unfreie und Hintersassen, in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung II 111 scheinen mir die Frage nicht zu erledigen. [Vergl. über die grundherrliche Gerichtsbarkeit römischrechtlichen Ursprungs H. Brunner, D. RG. II 285 f.]

[1] Vergl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden römischen Reichs S. 66. 125. Derselbe, Der römische Civilprozess III 44 ff. 105. 111.

[2] Arg. Paulus in Dig. L. 1, 28 und Paulus Sent. L. V, 5a, § 1: . . itemque a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua ius dicere possunt . . Cod. Theod. I, 29, 2 (a. 365): si quis de tenuioribus ac miniscularius interpellandum te esse crediderit, in minoribus causis acta conficias. Der Cod. Iust. setzt I, 55, 1 hinter causis hinzu: id est usque ad 50 solidorum summam; eine jüngere Vorschrift Iustinians, Nov. 15, c. 3, 4 erhöhte, die Summe auf 300 solidi.

[3] Quoties de parvis criminibus id est unius servi fuga aut sublati iumenti aut modicae terrae seu domus invasae vel certi furti id est detenti aut praeventi sub criminis nomine actio fortasse processerit, ad mediores iudices, qui publicam disciplinam observant, id est aut defensores aut assertores pacis vindictam eius rei decernimus pertinere. Ad rectorem vero provinciae illud negotium criminale perveniat, ubi de personarum inscriptione agitur vel maior causa est, quae non nisi ab ordinario iudice recitata legis sententia debeat terminari. Die interpretierte Konstitution des Honorius (a. 395) nennt causas de fugaci servo (vgl. C. Th. I, 29, 2) aut manifesto furto aut non manifesto, direpti etiam animalis, servi vel rei mobilis ac moventis vel vi bonorum raptorum, parvulae etiam terrae finium et parvulae casae . . . momentariae possessionis . . abacti animalis als Gegenstände, mit welchen der rector provinciae sich nicht befassen soll. Vgl. zu dieser Stelle Gothofreds Kommentar.

als da sind: Entweichung eines einzelnen Sklaven, Wegnahme eines Zugtiers, Entziehung eines Grundstücks oder Hauses von mässigem Umfang und handhafter Diebstahl. Dagegen gehören Klagen, bei denen nach römischem Prozessrechte eine Inskription des Klägers erforderlich ist und welche sich als causae maiores darstellen [1], vor [75]
den rector provinciae [2]. Dieser Regelung der Zuständigkeit entspricht es, wenn nach den Formeln von Angers die Klage um einen Weinberg als eine „modica terra“ [3] und die Vindikation eines Knechtes [4] vor einem Abte, die Wegnahme eines Zugtiers [5] vor einem agens verhandelt wird, wogegen der Graf über homicidium richtet [6]. In den Formeln von Tours wird eine Klage über invasio terrae, auf die der Beklagte ohne vorausgegangene Inskription des Klägers zu antworten verweigert, vor dem Grafen verhandelt [7].

Als Ergebnis dieser Ausführungen über die Jurisdiktionsverhältnisse kommt für den Gegenstand unserer Untersuchung die Thatsache in Betracht, dass die Klage um invasio terrae nach dem spätrömischen Rechte des Occidents vor den iudices mediocres, nach

---

Die assertores pacis, welche nachmals in der Lex Wisigothorum wiederkehren, stellt schon Gothofred mit den irenarchae zusammen. Ebenso Dahn, Könige der Germanen VI 357 f. [H. Brunner, D. RG. II 285. Ueber das Amt des Irenarchen handelt O. Hirschfeld, Die Sicherheitspolizei im römischen Kaiserreich, Berliner SB. 1891, S. 868 ff.]

[1] Die bekannte fränkische Unterscheidung von causae maiores und causae minores knüpft an spätrömischen Sprachgebrauch an, doch ist die Grenzlinie in anderer Weise gezogen.

[2] Dass die Interpretatio nicht bloss für das westgotische Reich als Quelle des römischen Rechts verwertbar ist, braucht nach Fittings Untersuchungen in der Zeitschr. f. R.Gesch. XI 122 nicht mehr bewiesen zu werden.

[3] A. 47: quasi vinia sua . . malo ordine pervasisset. A. 30: Klage wegen eines angeblich in Teilpacht gegebenen Weinbergs, während der Besitzer den Teilpachtvertrag bestreitet.

[4] A. 10.

[5] A. 11. Vgl. A. 13 und das sublatum iumentum der Interpretatio. [Ueber den prepositus in A. 16. 24, einen vermutlich weltlichen Beamten der niederen Gerichtsbarkeit, siehe meine D. RG. II 177, Anm. 20.]

[6] A. 12. 50.

[7] T. 29: presenti tempore malo ordine possidere videris; unde apud me in responsum introire noluisti, nisi sicut lex edocet tibi inscriptionem de sumptis et expensis confirmassem. Vgl. die stark verderbte Formel Zeumer, S. 536, Rozière nr. 439: cum in praesentia inluster vir (vor dem Grafen) ille illo mallavit, sed illi petiit ut scriberet quod petivit ... Es folgt die sog. editio mit Bezugnahme auf Interpr. Brev. IX, 1, 4. 6.

den Formelsammlungen vor dem Vorstand oder agens der Kirche verhandelt werden konnte, wenn eine parvula, eine modica terra vel casa in Frage stand, wogegen der Rechtsstreit um eine maior causa vor den rector provinciae, beziehungsweise vor den Grafen
[76] gehörte [1]. Wenn in zwei Formeln von Angers ein Teil des Strafgedinges dem Fiskus zugesprochen wird, so mag es sich da um Grundstücke handeln, die den Kontrahenten nicht für eine modica terra galten, und ist ferner zu berücksichtigen, dass im fränkischen Reiche zwar der höhere Richter den niederen, aber nicht umgekehrt dieser jenen ausschloss.

Die Erbpachtverhältnisse von Angers und Tours, wie sie sich in den Formeln vom siebenten bis in das achte Jahrhundert verfolgen lassen, reichen in die Zeit des römischen Reiches zurück. Schon E. Löning hat auf die agri vectigales der römischen Munizipien hingewiesen. Es waren dies städtische Gemeindegrundstücke, die gegen ein vectigal auf immer verpachtet wurden, wogegen jene Gemeindeländereien, die nicht in Erbpacht, vielmehr gewöhnlich in Zeitpacht vergeben wurden, agri non vectigales hiessen [2]. Die Vererbpachtung war so allgemein, dass sie in dem prätorischen Edikte berücksichtigt war, welches hinter der rei vindicatio für die Erbpächter von Munizipalgrundstücken eine actio in rem proponierte [3].

Einem unmittelbaren geschichtlichen Zusammenhange zwischen den agri vectigales und der Erbpacht der andegavischen Formeln steht nun aber die schwer wiegende Thatsache im Wege, dass die agri vectigales in der kaiserlichen Gesetzgebung nach Diocletian

---

[1] Aus der Appenniserteilung (A. 31—33) kann man nicht auf die ausschliessliche Kompetenz des Grafen in Streitigkeiten um Immobilien schliessen. Vergl. gegen Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung S. 429 Zeumer in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung I 104. Die Abgrenzung der causae minores, welche uns in den karolingischen Capitularien begegnet und Immobiliarsachen ohne Rücksicht auf den Umfang des Streitobjektes davon ausschliesst, erscheint im Verhältnis zu den Gerichtsverfassungsverhältnissen der formulae Andegavenses als eine fränkische Neuerung.

[2] Gaius, Inst. III, 145, Paulus in Dig. VI, 3, l. 1. Vgl. Puchta, Instit. II, § 245 und A. Pernice, Parerga II in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, rom. Abth. V 84 f.

[3] Lenel, Das edictum perpetuum S. 146.

völlig verschwunden sind [1]. Andrerseits kann die Emphyteuse, wie sie im Oriente bei dem zur Anpflanzung verpachteten Oedlande entstand, nicht als Anknüpfungspunkt verwertet werden, weil sie zu römischer Zeit im Occidente nicht üblich war. Mit dem Verschwinden der agri vectigales kann man sich auch nicht durch die [77]
Ausflucht abfinden, dass nur das Wort ausser Gebrauch gekommen sei, die Sache aber, nämlich die Vererbpachtung der Gemeindegrundstücke, in der früheren Weise fortgedauert habe [2]. Der Umstand, dass das Wort in den kaiserlichen Konstitutionen des vierten und fünften Jahrhunderts an Stellen, wo man es mit Bestimmtheit erwarten müsste, nicht gebraucht ist, würde dadurch nur noch rätselhafter. Ich halte dafür, dass die hervorgehobene Erscheinung mit einer tiefgreifenden Veränderung in den Besitzverhältnissen der römischen Gemeinden zusammenhängt, welche in der Zeit Konstantins und seiner Söhne durch eine umfassende Konfiskation von Gemeindegütern eingeleitet worden ist.

Wir haben im Cod. Theodosianus eine kurze Konstitution Julians von 362, die meines Wissens für die Geschichte der römischen Erbpachtverhältnisse bisher nicht die verdiente Beachtung gefunden hat. Julian ordnet darin an, dass die den Städten entzogenen Güter ihnen restituiert und sodann verpachtet werden sollen [3].

> Possessiones publicas civitatibus iubemus restitui ita ut iustis aestimationibus locentur, quo cunctarum possit civitatum reparatio procurari.

Eine julianische Restitution eingezogenen Gemeindevermögens wird auch bei Ammianus Marcellinus, bei Libanius und Sozomenus erwähnt [4]. Die Einziehung muss in der Zeit von Konstantin bis Julian stattgefunden haben. Was deren Zweck betrifft, so geht aus Sozomenus, der Julians Restitution vom christlich-kirchlichen Standpunkte aus beurteilt, die Thatsache hervor, dass Konstantin den Geistlichen aus den städtischen Einkünften (ἐκ τῶν ἑκάστης πόλεως φόρων) so viel zugewiesen habe, als zur Deckung der notwen-

[1] Das praedium vectigale erscheint z. B. noch in der Konstitution von 293, Cod. Iust. V, 71, 13.

[2] Puchta a. O.

[3] Cod. Theod. X, 3, 1.

[4] Siehe die Citate bei Gothofred zu Cod. Theod. X, 3, 1. Vgl. Manso, Leben Konstantins des Grossen S. 228 f. und Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien I 73.

digen Bedürfnisse erforderlich war. Demnach hat die lange Reihe von Säkularisationen, welche die katholische Hierarchie beklagt, ihr Vorspiel und Seitenstück in einer ausgedehnten Konfiskation
[78] städtischen Vermögens, aus welchem die Kirche, nachdem sie kaum zur rechtlichen Anerkennung gelangt war, sich zu bereichern gewusst hat. Allerdings scheint die Konfiskation nicht ausschliesslich zu kirchlichen Zwecken erfolgt zu sein. Ammian hebt die Restitution als einen Beweis der Freigebigkeit Julians hervor, weder er noch Libanius erwähnen, dass das eingezogene Vermögen zur Dotierung der Kirchen verwendet worden sei, wie sie denn überhaupt nichts über Urheber und Anlass der Einziehung mitteilen. Diese muss daher wohl einen allgemeineren Charakter gehabt haben, als man aus Sozomenus zu schliessen geneigt sein könnte. Nur ein Teil des Gemeindegutes mag in die Hände der Kirche gelangt [1], ein andrer, gewiss nicht unerheblicher Teil von Konstantin und seinen Söhnen zur Deckung andren Aufwandes gebraucht worden sein, den ihre kostspielige Politik erforderte.

Nach der Konstitution Julians von 362 ist die Restitution nicht so zu denken, als ob der Erbpachtzins, den die Gemeinde durch die Massregeln der christlichen Kaiser verloren, nunmehr wieder an die Gemeinde gezahlt werden solle. Die fundi werden den Gemeinden nicht etwa als vererbpachtete Grundstücke zurückgegeben; sie erhalten vielmehr ihr früheres Vermögen ohne dingliche Beschränkung, denn es wird eine neue Verpachtung des restituierten Gutes vorgeschrieben, welche auf Grund einer iusta aestimatio stattfinden und den erschöpften Gemeindehaushalt wieder in die Höhe bringen soll [2]. Diese von Julian vorgeschriebene Ver-

---

[1] Dass der Klerus nichts oder wenig bekommen habe, lässt sich den Nachrichten des Sozomenus gegenüber nicht annehmen. Wenn auch die Massregel zu Gunsten der Kirche im allgemeinen weniger gut in die Regierung Konstantins des Grossen als in die Zeit seiner Söhne passen möchte, so hat doch schon Konstantin Getreidelieferungen an die Kirche aus den Staatseinkünften vorgeschrieben. E. Löning, Das Kirchenrecht in Gallien von Konstantin bis Chlodowech, S. 220. Nach Burckhardt, Die Zeit Konstantins des Grossen, 1. Aufl. S. 366 hat er „der Kirche geradezu eine bedeutende Staatsbesoldung, vorzüglich in Landstücken und Kornrenten, ausgeworfen".

[2] [Allerdings heisst es bei Ammianus Marcellinus XXV, 4, 15: vectigalia civitatibus restituta cum fundis absque his, quos velut iure vendidere praeteritae potestates. Esmein schliesst hieraus und aus dem Berichte des Sozomenus, dass Konstantins und Julians Verfügungen nur die vectigalia be-

pachtung kann, wie sich aus dem folgenden ergeben wird, nur als eine locatio temporaria, nicht als eine locatio perpetua gedacht ge- [79] wesen und durchgeführt worden sein.

Einige nachjulianische Konstitutionen lassen es nämlich geradezu als unmöglich erscheinen, dass bei den Gemeindegütern in den letzten Jahrzehnten des vierten Jahrhunderts der Gegensatz von agri vectigales und non vectigales der Sache nach bestand, wie er in der Zeit des Juristen Paulus bestanden hatte. Denn sie setzen ohne jegliche Unterscheidung bei den Gemeindegütern schlechtweg die Möglichkeit beliebiger Verpachtung voraus, welche bei Grundstücken, die mit ständigen Pächtern besetzt waren und von diesen testamentarisch und ab intestato vererbt werden konnten, selbstverständlich nicht gegeben war.

Eine Konstitution Valentinians von 372, Cod. Theod. X, 3, 2 verbietet die Verpachtung von praedia und saltus reipublicae an Kurialen. Die Grundstücke, deren Verpachtung damals in Frage stand, können natürlich nicht in Erbpacht gewesen sein. Sie sollen nicht an Kurialen verpachtet werden, vermutlich deshalb, weil die amtliche Stellung des Dekurionen missbraucht werden konnte und wohl auch missbraucht worden ist, um den Zuschlag für einen niedrigeren als den möglichen Pachtschilling zu erreichen [1]. Auf das System der Zeitpacht lässt ferner eine Konstitution des Theodosius von 383 (Cod. Theod. X, 3, 4) schliessen, welche, um die minder fruchtbaren Grundstücke des öffentlichen und des Tempelgutes an den Mann zu bringen, vorschreibt, dass die Pächter von

---

troffen hätten, die zuerst den Kirchen, dann wieder den Gemeinden überwiesen worden seien. Allein mit dem Wortlaute der Konstitution Julians, an die wir uns doch zunächst zu halten haben, lässt sich das nicht in Einklang bringen. Ammianus Marcellinus denkt wohl nur an das schliessliche Ergebnis der ganzen Massregel, nach welchem die Gemeinden wieder Eigentümer der Güter waren und die durch die angeordnete Verpachtung erzielten Erträgnisse genossen. Vectigalia kann dann freilich nicht in technischem Sinne genommen sein. Sozomenus scheint einen Komplex verschiedenartiger Massregeln im Auge zu haben, ohne sich über die Einzelheiten juristisch klar zu sein.]

[1] Gothofred denkt an die Möglichkeit der Hinterziehung des Pachtzinses. Allein dieses Motiv spräche auch gegen C. Th. X, 3, l. 5, worin Honorius die Vererbpachtung an die Kurialen anordnete. Der Grund des Verbots der Verpachtung an die Kurialen fiel hinweg, als man von dem System der Zeitpacht wieder zu dem System der Erbpacht gegen einen herkömmlichen Kanon überging.

öffentlichem und von Tempelgut zu ihrem bereits gepachteten Grundstück unter Erhöhung der Pachtsumme einen minder ertragsfähigen Acker anpachten sollen, widrigenfalls für diesen kombinierten Komplex ein andrer Pächter gesucht werden müsse. Fände sich kein freiwilliger Pächter, so sollen die Güter ohne Erhöhung des Pachtschillings an die antiqui possessores id est decuriones vel quoslibet alios gelangen.

[80] Eine undatierte Konstitution des Honorius (Cod. Iust. XI, 71, 4) empfiehlt es als ein Gebot der Billigkeit, dass bei Verpachtungen der fundi publici die früheren Besitzer neuen Pächtern vorgezogen werden sollen, falls jene sich zu gleichem Pachtschilling erbieten.

Diese Bevorzugung des sesshaften Pächters bildete die Einleitung für den Uebergang von der Zeitpacht zur Erbpacht, der sich um die Wende des vierten und fünften Jahrhunderts vollzog. Auf diese Entwickelung scheint der Umstand eingewirkt zu haben, dass die kaiserliche Verwaltungspolitik bald nach Julian für die kaiserlichen Güter die Fixierung der Pachtzinse und die Beständigkeit der Pachtverhältnisse anstrebte und herbeiführte, indem sie das System der Erbpacht zur Regel machte [1].

Am Ende des vierten Jahrhunderts scheint bei den auf Zeit verpachteten Gemeindegütern der Pachtszins durchschnittlich so hoch gestiegen zu sein, dass eine vorteilhafte Erhöhung nicht mehr zu erwarten stand. In einer Konstitution, welche der neueste Herausgeber des Codex Iustinianus zwischen den Jahren 400 und 405 ansetzt (Cod. Iust. XI, 71, 3), schreibt Honorius ganz allgemein vor, dass die loca und fundi rei publicae, sofern eine Steigerung der Pachtschillinge nicht zu erwarten sei, an conductores perpetuarii verpachtet werden sollen.

Ohne diese Voraussetzung wurde die Vererbpachtung gewisser Gemeindegüter von Honorius in einer Konstitution vom Ende des Jahres 400 (Cod. Theod. X, 3, 5) angeordnet.

> Aedificia, hortos atque areas aedium publicarum et ea rei publicae loca, quae aut includuntur moenibus civitatum

[1] Cod. Theod. VII, 7, 1. 2 (a. 365); X, 3, 3; XI, 16, 12. 13; Cod. Iust. XI, 71, 1. Vgl. Puchta a. O. § 145. Für den vermuteten Zusammenhang spricht die Thatsache, dass auf die Vererbpachtung der Gemeindegrundstücke nicht die alte Bezeichnung ager vectigalis, sondern jene Terminologie angewendet wurde, welche sich für die perpetua conductio, die nicht Emphyteusis ist, bei den kaiserlichen Gütern ausgebildet hatte.

aut pomeriis sunt connexa vel ea quae de iure templorum aut per diversos petita aut aeternabili domui fuerint congregata vel civitatum territoriis ambiuntur, sub [81]
perpetua conductione, salvo duntaxat canone, quem sub examine habitae discussionis constitit adscriptum, penes municipes, collegiatos et corporatos urbium singularum collocata permaneant, omni venientis extrinsecus atque occultae conductionis attentatione summota. Officia autem palatina decem librarum auri mulctae subiaceant, si cui adversus praecepta huius sanctionis veniendi aditum assentatione praestiterint.

Oeffentliche Gebäude, Gärten, Bauflächen, Gemeindegüter, die innerhalb der Stadtmauer oder an dem pomerium [1] liegen, Grundstücke, die, aus eingezogenem Tempelgut herrührend, entweder vom Kaiser verschenkt [2] oder zum kaiserlichen Privatvermögen eingezogen worden waren und sich innerhalb des städtischen Territoriums befinden, sollen nur an Kurialen, an die Mitglieder gewisser städtischer Genossenschaften [3] und gewisser Innungen [4] und zwar zu beständiger Pacht, gegen den amtlich katastrierten Zins verpachtet werden. Auswärtige sind von der Verpachtung solcher Güter ausgeschlossen.

Es handelt sich da um eine der sozialen Massregeln, welche das Ziel verfolgten, den Kern der städtischen Bevölkerung in den verödenden Städten des römischen Reiches festzuhalten. Die Kurialen, die collegiati, die corporati waren zwar gesetzlich an die städtische Scholle gebunden. Aber trotzdem flüchteten sie zahlreich aus den Städten, so dass mehrmals angeordnet werden musste, sie zwangsweise zurückzuführen [5]. Da der Zwang nicht ausreichte, suchte man sie durch Begünstigungen an das heimatliche Gemeinwesen zu fesseln [6].

---

[1] Auf die philologische Streitfrage über die Lage des pomerium ist hier nicht der Ort einzugehen.

[2] An Privatpersonen. C. Th. XVI, 10, 20, § 1.

[3] Vgl. über die collegiati Gothofreds Paratitlon zu Cod. Theod. XIV, 7 und Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien I 83.

[4] Vgl. über die corporati Gothofreds Paratitlon zu Cod. Theod. XIV, 2 und Hegel a. O. S. 7. 81.

[5] Vgl. u. a. C. Th. XIV, 7, l. 1. 3. Ueber die Kurialen Hegel S. 74.

[6] Da zu den corpora publicis obsequiis deputata auch die laeti gezählt wurden, die mit den corporati den Mangel der Freizügigkeit teilten, kann ich

[82] Das Rechtsverhältnis der Erbpächter von Gemeinde- und Tempelgut ist im wesentlichen als dasselbe wie das der kaiserlichen Erbpächter zu denken. Sie hiessen wie diese conductores perpetuarii oder perpetuarii schlechtweg, der Zins, den sie zahlen, wird nicht vectigal, sondern canon genannt. Ihr Recht ist vererblich und veräusserlich[1].

Die Erbpacht der formulae Andegavenses und Turonenses wird nach diesen Ausführungen nicht an die agri vectigales der Stadtgemeinden, sondern an jene conductio perpetua anzuknüpfen sein, die wir bei den Gemeinde- und Tempelgütern unter Honorius in vermutlichem Anschluss an die Vererbpachtung der kaiserlichen Grundstücke entstehen sahen. Als Eigentümer der andegavischen und turonischen Erbpachtgüter erscheint in der Regel eine Kirche, nur einmal ein weltlicher Grosser, niemals die Stadtgemeinde als solche. Es ist nicht wahrscheinlich, dass die Kirche das an den Gemeindegütern ausgebildete Verhältnis durch spontane Vererbpachtung ihres eigenen Besitztums nachgeahmt habe zu einer Zeit,
[83] da sie auf dem Wege war, in dem bedeutend strengeren Abhängig-

mir nicht versagen, hier auf eine Konstitution von 465 aufmerksam zu machen, welche für die Geschichte der laeti meines Wissens weder von romanistischer, noch von germanistischer Seite verwertet worden ist. Das Gesetz ist von Severus. Nur ein Fragment ist bei Haenel, Nov. Const. S. 338 abgedruckt. Den fehlenden Anfang und den übrigen Wortlaut der Lex hat Bluhme in Monum. Germ. LL. III 624 aus dem Cod. Vat. Reg. 1050 nach einer Mitteilung Merkels in einer Anmerkung zur Lex Romana Burgundionum abgedruckt. Der massgebende Passus lautet: Quoniam per virum inlustrem Ausonium cunctorum ad nos provincialium querella pervenit, eo quod leti et aliaque corpora publicis obsequiis deputata homines quorundam se colonis vel famulis ignorantibus dominis sociassent et nunc sub specie publicae corporationis procreatos liberos conantur iugo servitutis absolvere . . . Vgl. Cod. Theod. VII, 20, 12 (a. 400). In Titel 46 der Lex Romana Burgundionum, der auf der genannten Konstitution des Severus und auf einer gleichartigen Konstitution Leos beruht, werden die leti durch den litus ersetzt. So bilden denn die Konstitution von 465 und Lex Romana Burgundionum T. 46 die bislang schmerzlich vermisste Brücke zwischen den römischen laeti und den fränkischen liti.

[1] Vgl. Cod. Iust. XI, 71, 5, § 4: iure igitur perpetuo publici contractus firmitate perpetuarius securus sit et intelligat neque a se neque a posteris suis vel his, ad quos ea res vel successione vel donatione sive venditione vel quolibet titulo pervenit sive aliquando pervenerit, esse retrahendum. Ob der alte ager vectigalis auf Grund freier Veräusserung den Besitzer wechseln konnte, ist zweifelhaft. Vgl. Pernice a. O. S. 88.

keitsverhältnis des Prekariums eine viel vorteilhaftere Verwertung ihrer liegenden Güter anzubahnen. Weit näher liegt die Annahme, dass es der Kirche gelungen war, durch oder ohne Vermittlung der Staatsgewalt sich die Gemeindeländereien endgültig anzueignen, auf welche sie schon in constantinischer Zeit begonnen hatte, ihre Hand zu legen. Wahrscheinlich ist diese definitive Erwerbung noch in den Tagen der römischen Herrschaft in Gallien erfolgt. Zur Zeit, da Sozomenus schrieb († nach 446), war die Kirche wieder im Besitz der städtischen Einkünfte, die sie bei Julians Restitution hatte herausgeben müssen. Im Laufe der ersten Hälfte des fünften Jahrhunderts muss eine neue grossartige Plünderung des Gemeindevermögens durch Fiskus, Kirchen und Grosse stattgefunden haben[1]. Denn Theodosius II. fand sich durch die allgemeine Not der Stadtgemeinden veranlasst, 443[2] eine abermalige Restitution aller in den letzten dreissig Jahren den Gemeinden abhanden gekommenen Grundstücke anzuordnen[3]. [Im Jahre 451 bestimmte Marcian, dass von den früher städtischen Grundstücken, insbesondere von possessiones agonotheticae, d. h. von den Liegenschaften, deren Erträgnis der Bestreitung der öffentlichen Spiele gewidmet war, der laut den städtischen Registern darauf liegende Kanon wieder an die Gemeinden gezahlt werden sollte[4], denen Theodosius 379 jene possessiones agonotheticae durch Beseitigung des Kanons entzogen hatte.] Dass diese Konstitutionen auch nur im Orient zu allgemeiner Ausführung gelangten, darf füglich bezweifelt werden. Auf gallischem Boden konnten sie bei den damals bereits vorliegenden Verhältnissen sicherlich nicht in Wirk-

[1] Nach Hegel a. O. haben sich mit dem städtischen Vermögen im vierten und fünften Jahrhundert besonders die Kirchen bereichert und so den Grund gelegt zu ihrem nachmaligen unermesslichen Vermögen.

[2] Nov. Theod. II. 23, 1, Haenel, Nov. Const. S. 100.

[3] . . praedia tam urbana quam rustica, nec non etiam tabernae, quae ad ius civile pertinent, et a quibusdam quolibet modo intra triginta annos, abhinc retro numerandos, detentae sunt, universis civitatibus assignentur; exceptis videlicet tantum his, quae vel a procuratore divinae domus vel a viro illustri comite rerum privatarum iussu nostrae clementiae vel communi consensu civitatum cum scripturae interpositione distractae sunt.

[4] [Nov. Marc. III, Cod. Iust. XI, 70, 5. Der wieder hergestellte Kanon hat den Charakter einer echten Reallast: apud eos (possessores) dominium in perpetuum ex nostra liberalitate permaneat. Trotz des Kanons behält der Besitzer das Eigentum, das er dempto canone erlangt hatte.]

samkeit treten. Als die definitive Erwerbung der Gemeindegüter durch die Kirche erfolgte, muss sie in der Weise vor sich gegangen sein, dass der Wechsel des Eigentümers nicht von einer Entsetzung der besitzenden Erbpächter begleitet war, sondern die Kirche diesen gegenüber nur in das Verhältnis der Stadtgemeinden eintrat.

XIV.

Ueber den germanischen Ursprung des droit de retour.

[Gelesen in der philosophisch-historischen Klasse der Berliner Akademie vom 9. März 1893.]

1. Einleitung.

Der französische Code civil gibt in Art. 747 den Ascendenten ein sogenanntes droit de retour, darin bestehend, dass das, was ein Ascendent dem ehelichen Descendenten geschenkt hat, nach dem kinderlosen Tode des Empfängers wieder an den Geber gelangen soll [1]. Der Wiederanfall des Gutes erfolgt ex lege, als sogenannter retour légal, und unterscheidet sich vom sogenannten retour conventionel, d. h. von dem Rückfall, den sich der Geber aus Anlass der Gabe ausdrücklich bedungen hat.

Bis in die Zeit der grossen Revolution hatte das droit de retour in den meisten Gebieten des coutumiären Rechtes und im Gebiete des droit écrit gegolten. Die Gesetzgebung des Jahres II der Republik hat zwar den retour légal beseitigt; allein die Aufhebung wurde auf ältere Vergabungen nicht ausgedehnt, soweit das Gut nicht infolge der zahlreichen Konfiskationen oder auf an-

---

[1] Aubry und Rau, Cours de droit civil français VI (1873) S. 342 ff. Ausgeschlossen bleibt hier das droit de retour, welches nach dem Code civil dem Adoptivparens und dessen ehelichen Descendenten zusteht. Nur nebenbei wird gelegentlich der Rückfall der verwandtschaftlichen Hornungsgabe berücksichtigt werden, an welcher Art. 766 des Code civil den ehelichen Descendenten des Gebers ein droit de retour einräumt, wenn das vom Vater oder von der Mutter beschenkte uneheliche Kind weder Nachkommen noch Ascendenten hinterlässt.

derem Wege in die Hände des Staates gelangt war. Schliesslich sah man sich durch den stillen Druck der öffentlichen Meinung veranlasst, bei Abfassung des Code civil das droit de retour wiederherzustellen.

In eingehender Weise hat sich die französische Jurisprudenz seit dem sechzehnten Jahrhundert mit dem droit de retour beschäftigt, indem sie es aus dem römischen Rechte zu begründen oder geradezu herzuleiten suchte, wobei ein traditioneller Schatz von etlichen Citaten aus dem Corpus iuris civilis seit Jahrhunderten aus einer Hand in die andre ging. Noch in der neueren und neuesten rechtshistorischen Litteratur Frankreichs gilt es für ein Dogma, dass das droit de retour dem römischen Rechte entlehnt sei. Diese Ansicht vertreten z. B. Coin-Delisle, Étude sur l'article 747 du Code Napoléon, Revue critique de législation 1857, X 211 ff., Viollet, Histoire du droit civil français, 1893, S. 846, in ausführlicher Begründung Marquis, De la dot profectice en droit romain, du droit de retour de l'ascendant donateur dans l'ancien droit français 1885 und Glasson, Le droit de succession au moyen âge, Nouvelle Revue histor. de droit français et étranger 1892, S. 736. Nach Glasson wären sowohl das droit de retour des coutumiären Rechtes als auch das des droit écrit erst seit dem fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert unter dem Einflusse des römischen Rechtes entstanden. Marquis, dem Glasson sonst im wesentlichen folgt, will das droit de retour des Südens aus der ununterbrochen fortdauernden Geltung des römischen Rechtes erklären.

Eine Nachprüfung der herrschenden Ansicht wird von der Gestaltung ausgehen müssen, die das droit de retour seit dem sechzehnten Jahrhundert in den offiziell redigierten Coutumes und in der Praxis der französischen Parlamente aufweist. Es zeigt aber ein verschiedenes Antlitz im Gebiete des droit écrit und in den Ländern des coutumiären Rechtes [1].

Im Süden stellt sich das droit de retour als ein eigentliches Rückfallsrecht dar, welches auf einem stillschweigenden Vorbehalte des Gebers beruht; es gilt für ein wahres droit de reversion. Der Rückfall erscheint als Wirkung einer der Gabe ex lege beigefügten

[1] Die folgende Uebersicht stützt sich im wesentlichen auf die klaren und sorgfältigen Ausführungen bei Marquis.

Resolutivbedingung[1]. Er stand nicht nur dem Vater und den väterlichen Ascendenten, der Mutter und den mütterlichen Ascendenten, sondern vielfach auch den Geschwistern und Elterngeschwistern zu. Regelmässig wurde er auch den Eltern des unehelichen Kindes eingeräumt[2]. Das droit de retour griff Platz, nicht nur wenn die Gabe in unbeweglichen, sondern auch, wenn sie in beweglichen Sachen bestand. Abgesehen von örtlichen Ausnahmen war es aktiv nicht vererblich. Das heisst, es ging nicht auf die Erben des Gebers über, wenn dieser den Anlass des Rückfalls nicht erlebt hatte. Streitig war, ob es passiv vererblich sei, d. h. ob der Geber es auch dann habe, wenn die Gabe nach dem Tode des Empfängers auf dessen Descendenten gekommen war und diese dann ohne Nachkommen verstarben. Die Mehrzahl der juristischen Schriftsteller sprach sich für die passive Vererblichkeit aus; ebenso die Rechtsprechung der Parlamente von Toulouse, Bordeaux und Pau, während anderwärts die Praxis eine entgegengesetzte oder doch eine schwankende war. Soweit im Süden der Gesichtspunkt der Resolutivbedingung konsequent festgehalten wurde, durfte das droit de retour durch Verfügungen des Beschenkten nicht beeinträchtigt werden. Die Gabe bleibt dem Geber für Lebenszeit verfangen. Veräusserungen und Belastungen sind unwirksam gegenüber dem Rückfallsberechtigten, dem Tournisten. Da dieser die heimfallende Gabe nicht als Erbe nimmt, so haftet er nicht für Schulden des Erblassers, aus dessen Vermögen er die Gabe wieder empfängt. Wie das mit dem Rückfall bestrickte Gut dem Tournisten durch Veräusserung nicht entfremdet werden darf, so kann es ihm auch durch Verwirkung nicht entzogen werden. Wird das Vermögen des Beschenkten konfisziert, so wirkt die Konfiskation nicht gegen das Recht des Tournisten. Nur in einzelnen Gebieten des droit écrit war die Verfangenschaft der Gabe ausgeschlossen, so insbesondere in den Gebieten der Parlamente von Paris und Dijon. Hier konnte der Beschenkte inter vivos rechtswirksam über die Gabe verfügen[3]. Doch liess man wenigstens die Konfiskation gegen das droit de retour nicht wirksam werden.

[1] Das Parlament von Lyon und das von Paris, letzteres für die von ihm ressortierenden Gebiete des Südens, behandelten es im Sinne eines droit mixte.

[2] Vgl. Marquis S. 225 f. 229.

[3] In der Provence (Parlament von Aix) durfte das droit de retour durch Liberalitäten des Beschenkten nicht beeinträchtigt werden.

Einen andern Charakter hat das droit de retour des coutumiären Rechts. Es ist nicht ein ius reversionis, sondern ein ius successionis, es tritt ein auf Grund eines singulären Erbrechts, succession anomale oder succession de retour; es äussert sich als Nachfolge in bestimmte Gegenstände des nachgelassenen Vermögens, etwa wie die deutschrechtliche Nachfolge in das Heergeräte, in die Gerade. Nur vereinzelte Stimmen der Jurisprudenz erklärten das droit de retour für ein droit mixte, d. h. für ein Recht, qui participe du droit de reversion et du droit de succession. Weil das droit de retour ein Erbrecht war, galt es für unzulässig zwar die Erbschaft auszuschlagen, aber das droit de retour geltend zu machen, wie das im Süden gestattet war. Weil es ein Erbrecht war, blieb es dem Vater des natürlichen Kindes versagt; denn gegen den Bastard hatte der Vater kein Erbrecht. Trotz des droit de retour war die Gabe dem Geber nicht verfangen. Denn der Wiederanfall fand nur statt, soweit der Beschenkte nicht inter vivos verfügt hatte. Dieser war sogar befugt, letztwillig über die Gabe zu verfügen, soweit der Geber selbst es gekonnt hätte. Belastungen des Gutes musste der Anfallsberechtigte gegen sich gelten lassen. Auch haftete er für Schulden, und zwar nicht bloss für hypothekarische, sondern grundsätzlich auch für einen verhältnismässigen Teil (pro modo emolumenti) der persönlichen Schulden des Erblassers. Wie der Beschenkte das Gut veräussern durfte, so konnte er es auch verwirken. Das coutumiäre droit de retour stand der Konfiskation nicht im Wege, was allerdings von manchen, insbesondere von den Anhängern der Theorie des droit mixte, bestritten wurde.

Abgesehen von Ausnahmen, deren Besprechung vorbehalten bleibt, wurde das droit de retour nur den Ascendenten eingeräumt, und zwar als ein persönliches, also aktiv unvererbliches Recht des Gebers. Während im Süden das droit de retour auch für bewegliches Gut galt, lassen die meisten coutumiären Landschaftsrechte es nur wirksam sein bei unbeweglichem Gute — bei sogenannten propres mit Einschluss der Lehen — bei Fahrhabe nur dann, wenn sie hingegeben wurde mit der Bestimmung, dass daraus Grundstücke angeschafft werden sollen, oder wenn der Fahrhabe vertragsmässig die Natur von propres beigelegt wurde (sogenannte propres conventionnels). War es für einzelne Coutumes wie die von Paris streitig, ob nicht auch andre Fahrhabe dem droit de retour unter-

worfen sei, so siegte doch schliesslich die Meinung, dass sie dem Geber nicht wieder anfalle.

Nicht leicht ist es, einen passenden deutschen Ausdruck zu finden, der sowohl das droit de retour des Südens als auch das des coutumiären Rechtsgebietes in sich schliesst. Das Wort Rückfallsrecht passt nicht gut zu der erbrechtlichen Stellung und insbesondere zu der Schuldenhaftung des Berechtigten im coutumiären Rechte. Zudem ist der Ausdruck Fallrecht, Rückfallsrecht bereits für das ius revolutionis, recadentiae verbraucht, für den erbrechtlichen Grundsatz paterna paternis, materna maternis, d. h. den Grundsatz, dass das Gut des Erblassers, das von der Vaterseite stammt, an die Verwandten der väterlichen Seite, das ihm von der Mutterseite her zugekommene Gut an die Verwandten der mütterlichen Seite vererben soll. Von einem Rückerbrecht des Gebers kann hinwiederum nach dem Rechte des Südens keine Rede sein. Ich werde in folgendem das Wort Wiederanfallsrecht als neutralen Ausdruck verwenden.

2. Das droit de retour und das römische Recht.

Die Rechtsinstitute des römischen Rechtes, aus welchen die französische Jurisprudenz das droit de retour herleitete, sind die dos profecticia und die donatio ante nuptias. Dos profecticia war bekanntlich die dos, die der Vater oder der väterliche Grossvater als solcher aus seinem Vermögen bestellt hatte. Die dos ging in das Eigenthum des Ehemanns über und war nicht sowohl Schenkung als vielmehr Beitrag zu den onera matrimonii. Hinsichtlich des sogenannten Rückfalls der dos profecticia ist zwischen dem klassischen und dem spätrömischen Rechte zu unterscheiden. Die donatio ante nuptias war dem klassischen Rechte noch nicht bekannt.

Im klassischen Rechte hatte der Besteller der dos profecticia ein Recht auf Rückgabe nach dem Tode der Ehefrau. Wurde die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst und war der Besteller noch am Leben, so konnte er die von ihm herrührende dos zurückfordern. Doch hatte der überlebende Ehemann das Recht, für jedes Kind aus der aufgelösten Ehe ein Fünftel der dos abzuziehen, so dass er bei fünf oder mehr als fünf Kindern die ganze dos behielt. Ganz abgesehen von dem Rechte auf Abzug der Quinten steht der römische Anspruch des Ascendenten auf Rückgabe der dos pro-

fecticia weit ab von dem französischen droit de retour. Nach römischem Rechte fällt die dos profecticia nicht etwa ipso iure zurück, sondern die Rückgabe ist Gegenstand einer dem Ascendenten zustehenden Forderung. Das droit de retour tritt dagegen ipso iure ein, im coutumiären Rechte als droit de succession, im Süden, weil die Gabe so behandelt wird, als wäre ihr eine Resolutivbedingung beigefügt. Abgesehen davon, dass die dos nicht Schenkung, donation, ist, steht das römische Rückforderungsrecht nur dem väterlichen Ascendenten, das droit de retour auch den mütterlichen Ascendenten, mitunter auch Kollateralen, ja jedem Verwandten zu. Es wird durch jede Gabe, nicht nur durch die Heiratsgabe, begründet, wogegen der römische Anspruch auf die dos beschränkt ist. Diese kann zurückgefordert werden, auch wenn Kinder aus der dotierten Ehe vorhanden sind. Das droit de retour setzt voraus, dass der Beschenkte ohne Kinder und sonstige Descendenten verstorben ist.

Ueber die fundamentalen Unterschiede, die zwischen dem Rechte auf Rückgabe der dos profecticia und dem Anfall der dem droit de retour unterworfenen Gabe obwalten, hilft sich die französische Rechtswissenschaft mit der eleganten Wendung hinweg, dass sie nichtsdestoweniger den genetischen Zusammenhang beider Institutionen festhält, aber jede einzelne Abweichung des französischen droit de retour dem römischen Rechte gegenüber als eine glückliche Neuerung, innovation heureuse, bezeichnet. Ja sie geht noch weiter, sie versucht es, die einzelnen Differenzen aus den römischen Quellen selbst zu rechtfertigen. Als Stütze dient dafür insbesondere lex 6, Dig. 23. 3, Pomponius ad Sabinum: iure succursum est patri, ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. Für das Motiv, dass es zu hart wäre, Kind und Gut zugleich zu verlieren, war die französische Jurisprudenz von alters her ungemein empfänglich. Schon im dreizehnten Jahrhundert greift Beaumanoir den Gedanken des Pomponius auf, indem er sagt: male coze seroit que li peres et le mere perdissent lor enfant et le lor; car toutes voies est on plus tost reconfortés d'une perte que de deus. Die Konsequenzen aber, welche die späteren französischen Juristen aus den Worten des Pomponius ziehen, bilden geradezu ein Musterbeispiel, wie man mit Hilfe der ratio legis der lex ipsa die Seele ausblasen kann. Nicht nur die Mitgift, sondern auch

andre Gaben des Ascendenten müssen dem Rückfall unterworfen sein, denn auch hinsichtlich andrer Gaben bedarf der Ascendent des Trostes, weil er sonst Kind und Geld zugleich verlieren würde[1]. Der Wiederanfall braucht nur Platz zu greifen, wenn das beschenkte Kind kinderlos verstirbt. Denn wenn es Descendenten hinterlässt, liegt kein Bedürfnis vor, den Geber zu trösten, da ja die Gabe in den Händen seiner Enkel für ihn nicht verloren ist[2]. Wenn aber diese Enkel ohne Nachkommenschaft sterben, kommt der Trost des Wiederanfalls der Gabe dem Grossvater von Rechts wegen zu statten. Nicht nur dem Vater und dem väterlichen Ascendenten gebührt das droit de retour, sondern auch der Mutter und den mütterlichen Ahnen, da diese bei dem Tode des Kindes oder Enkels der Tröstung ebenso bedürftig sind wie jene. Dagegen wird das droit de retour dem Vater versagt, der sein Kind absichtlich getötet hat. Denn einen solchen Vater braucht man nicht um den Tod seines Kindes zu trösten[3]. Wohl aber ist der Trost nötig, wenn der Sohn durch Missethat sein Vermögen verwirkt hat; daher darf das droit de retour durch die Konfiskation nicht beeinträchtigt werden.

Mit noch geringerem Rechte als auf die Zeugnisse über die Rückforderung der klassischen dos profecticia beruft man sich für das droit de retour auf Stellen des Codex Iustinianus, welche einen dem spätrömischen Rechte eigenthümlichen Rückerwerb der dos profecticia und der donatio ante nuptias betreffen. Das römische Recht hatte von Hause aus bekanntlich den Grundsatz, dass alles, was ein in väterlicher Gewalt befindliches Kind erwarb, ipso iure dem Vater erworben werde. Zu den Ausnahmen, durch welche die Gesetzgebung der Kaiserzeit jenes Prinzip durchlöcherte, fügten im Jahre 426 Theodosius und Valentinian die lucra nuptialia hinzu. Von dem Rechte des Vaters auf den Erwerb des Kindes soll gleich den bona materna hinsichtlich der Substanz all das Gut ausgenommen sein, welches Sohn oder Tochter, die sich in väterlicher Gewalt befinden, von ihrem Ehegatten erworben haben[4]. Im

---

[1] Lebrun, Traité des successions 1775, S. 85: parce qu'il y a la même équité.

[2] Lebrun, Traité des successions S. 81: d'ailleurs la dot, qui va à ses descendans et qui appartient aux enfans de sa fille, n'étant pas perdue pour lui, il n'avoit pas besoin en ce cas du droit de reversion.

[3] Marquis S. 262.

[4] Cod. Iust. VI, 61, 1. Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs 1891, S. 251.

Jahre 428 erklärte eine Konstitution derselben Imperatoren, dass jene Vorschrift nicht auch solches Gut betreffe, das der Vater selbst gegeben habe[1], ne hac iniecta formidine parentum circa liberos munificentia retardetur. Seit 428 gibt es sonach eine dos profecticia, welche iure potestatis an den Vater gelangt[2]. Mit dem Anspruch auf die dos profecticia des klassischen Rechtes hat dies nichts zu thun. Denn dieser beruht nicht auf der patria potestas. „Non ius potestatis sed parentis nomen dotem profecticiam facit.“[3] Dagegen heisst es in der Konstitution vom Jahr 428 ausdrücklich: his potestatis iure ad parentes reversis. Nach klassischem Rechte ist der Dotalanspruch des Vaters gegeben, wenn die Ehe durch den Tod der Tochter aufgelöst wird. Die Konstitution des Jahres 428 setzt voraus, dass die Tochter noch lebt, dass also die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufgelöst worden ist. Der dos profecticia ist eine analoge ex iure potestatis an den Vater gelangende donatio ante nuptias an die Seite zu stellen, eine Eheschenkung an die Frau, die seit dem fünften Jahrhundert in den römischen Quellen auftaucht und den Zweck hat, die Frau als Witwe zu versorgen, ausserdem aber für den Mann eine Scheidungsstrafe bilden soll[4].

Eine erhebliche Rolle spielt in der französischen Litteratur des droit de retour eine Konstitution des byzantinischen Kaisers Leo Philosophus aus dem neunten Jahrhundert, Nov. 25, die zum Teil in die Ecloga (Nov. 16) übergegangen ist. Sie steht in griechischem Texte bei Zachariae, Ius graeco-romanum, pars III 104 (Coll. II, Nov. 25). Aus der Novelle ergibt sich ein griechischer Rechtsbrauch, nach welchem der verheiratete Sohn für emanzipiert galt, wenn und solange er Kinder hatte[5]. Starben die Kinder, so fiel ihr parens wieder unter die väterliche Gewalt zurück,

---

[1] .. quod ab ipso parente datum vel ante nuptias donationis causa pro una ex memoratis personis praestitum fuerat. Cod. Iust. VI, 61, 2.

[2] Vgl. Bechmann, Das römische Dotalrecht II (1867) S. 48. 317.

[3] Dig. 23, 3, l. 5, § 11.

[4] Mitteis, der ihren Charakter zuerst ins rechte Licht gestellt hat, dürfte ihre Bedeutung für den Occident allzu sehr unterschätzt haben. In den römischen Rechtsquellen der germanischen Reiche erscheint sie als ein wesentliches Institut des ehelichen Güterrechtes.

[5] Zachariae, Geschichte des griechisch-römischen Rechtes 1877, S. 89, Anm. 78.

er verlor das Recht zu testieren und die Verfügung über das Gut, das ihm die Eltern gegeben hatten. Leo verurteilt diese Ansicht. Als richtig lässt er aber gelten, dass die Gabe des Vaters, wenn der Sohn seine Kinder verliert, an den Vater zurückfalle, dagegen nicht die Gabe, die er von der Mutter oder von einem Dritten erhalten habe (μηκέτι δὲ κἀκείνην, ἣ τῷ παιδὶ πρόσεστιν ἢ παρὰ τῆς μητρὸς δεδομένη ἢ παρά τινος τῶν ἔξω). Soweit die Stelle von einem Rückfall der Gabe spricht, hat sie nicht einen Rückfall bei dem Tode des Sohnes, sondern bei dessen Lebzeiten im Auge. Der Rückfall tritt ein ἀπαιδίας περιστοιχιζούσης τὸν παῖδα. Es handelt sich da um Gaben, die der Vater dem verheirateten Sohne mit Rücksicht auf den Kindersegen macht, um sie zurückzunehmen, wenn der Sohn die Kinder verliert, also nicht mehr zu ernähren braucht. Unerfindlich bleibt, wie die Novelle Leos den Uebergang von der Rückforderung der dos profecticia zum französischen droit de retour vermitteln soll, indem sie angeblich den Rückfall der dos profecticia auf jede Gabe des Vaters ausdehnt und den Rückfall auf die Kinderlosigkeit des Beschenkten beschränkt. Dass eine nicht glossierte und nicht rezipierte Novelle, dass eine byzantinische Konstitution vom Ausgang des neunten Jahrhunderts für den Ursprung des droit de retour auf alle Fälle durchaus belanglos bleibt, braucht nur erwähnt, nicht bewiesen zu werden.

Sonderbarerweise vermisst man auch in der neuesten französischen Litteratur gerade jene Konstitution, die sich für das droit de retour am ehesten verwerten liesse, eine in den Turiner Fragmenten überlieferte Stelle des Codex Theodosianus, nämlich Cod. Theod. III, 5, 9 vom Jahr 368 von Valentinian, Valens und Gratian [1].

> Multa ad nuptias sponsaliorum nomine pro sollemnitate traduntur, quae nequaquam in damnum dantis debent accrescere, sed mortua in matrimonio puella ad dantis commodum revocari, *veteri* scilicet *iure neglecto.* Patris igitur explosa persona propinquorumque, his personis, quae ante coeptum matrimonium videntur obtulisse, incunctanter ea redhiberi oportet.

---

[1] Sie steht bei Haenel, Cod. Theod. col. 302 f. und bei Krüger, Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia in den Abhandl. der Berliner Akademie 1879, S. 26.

Die Konstitution statuiert die Rückgabe gewisser Schenkungen, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wird. Es scheint sich dabei um eigentliche Hochzeitsgeschenke, um Geschenke zu handeln, die pro sollemnitate nuptiarum gegeben wurden und nach dem Tode der Ehefrau nicht an den Vater oder an die Verwandten der Verstorbenen, sondern an die Geber gelangen sollen. Dass der Anspruch auf Rückgabe dem älteren Rechte widerspricht, sagt die Stelle selbst. Aber auch im jüngeren Rechte begegnet nichts Aehnliches, wie denn auch der Codex Iustinianus die Konstitution nicht aufgenommen hat, die, aus Trier datiert, vielleicht auf gallischen oder germanischen Rechtsbrauch Rücksicht nahm.

Ein Zusammenhang zwischen dem droit de retour und dem römischen Rechte wäre auf zweifache Weise denkbar. Entweder könnte sich ein römisch-rechtlicher Keim nach Auflösung des weströmischen Reiches in Gallien erhalten und hier zum droit de retour fortgebildet haben oder dieses könnte sich infolge der Rezeption von römischen Rechtssätzen entwickelt haben, wie sie in Frankreich seit dem dreizehnten Jahrhundert in allmählich steigendem Masse eingetreten ist.

Die erste Annahme, welche Marquis für den Süden vertritt, scheitert an der Thatsache, dass das römische Recht in der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts den gesetzlichen Anspruch des Ascendenten auf Rückgabe der dos profecticia bei dem Tode der Ehefrau nicht mehr gekannt hat.

Wie Mitteis nachgewiesen hat[1], war dem griechischen Rechte die Rückgabe der dos profecticia an den bestellenden Ascendenten durchaus unbekannt. Vermutlich unter dem Einfluss griechischer Sitte hat die römische Kaisergesetzgebung des fünften Jahrhunderts das Schicksal der dos in einer Weise geregelt, dass für einen gesetzlichen Anspruch des Ascendenten auf Rückgabe kein Raum blieb. Dasselbe gilt von der donatio ante nuptias, die auch donatio antenuptialis, sponsalitia largitas, sponsalia genannt wird.

Nach einer Novelle Theodosius' II. vom Jahre 439[2] sollen dos und donatio ante nuptias im Falle einer zweiten Ehe des überlebenden parens den Kindern gewahrt bleiben, so dass die Frau an der donatio ante nuptias, der Mann an der dos nur den Niessbrauch

---

[1] Reichsrecht und Volksrecht S. 247.

[2] Nov. Theod. II. 14, 1, § 3, Haenel, Nov. Constit. col. 52.

haben soll [1]. Auf die Person des Bestellers kommt dabei nichts an. Nec interesse volumus, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Die westgotische Interpretation zu dieser Stelle sieht von der Voraussetzung einer Wiederverheiratung ab. Das Gesagte soll gelten: si ad secunda vota venerint aut forte non venerint [2].

Eine Novelle Valentinians III. (34, § 10) vom Jahr 452 bestimmt, dass nach dem Tode der Frau, die ohne Testament verstorben ist, der Mann den Niessbrauch des gesamten Muttergutes bis zum zwanzigsten Lebensjahre der Kinder haben solle. Sind sie zwanzig Jahre alt geworden, so soll ihnen der Vater die eine Hälfte restituieren, an der andern Hälfte aber den Niesbrauch für seine Lebenszeit behalten [3].

Eine Konstitution Majorians vom Jahr 458 (Nov. 6, 6. 7) rechnet mit der Voraussetzung, dass die Witwe bei beerbter Ehe an der sponsalitia largitas nur den Niessbrauch habe und gibt den Kindern das Recht, von der Mutter, wenn sie eine zweite Ehe eingeht, Bürgschaft für Konservierung ihres Vermögens zu verlangen. Die Pflicht der Verbürgung hob eine Konstitution von Leo und Severus aus dem Jahre 463 (Nov. Severi 1) wiederum auf, da ja die Kinder ohnehin die rechtswidrig veräusserten Güter vindizieren könnten. Ausdrücklich wird hier betont, dass das Eigentum der sponsalia den Kindern, der Mutter nur der Niessbrauch zustehe, sive in alias nuptias venerit, sive non venerit.

Für die beerbte Ehe ergibt sich aus dem Gesagten, dass der überlebende Mann die dos, die überlebende Frau die donatio propter

---

[1] Vgl. Cod. Theod. III, 8, 2 v. J. 382.

[2] Vgl. Lex Romana Burg. 26, 2. Nach einem im syrischen Rechtsbuche erwähnten Gesetze Theodosius' II. behält der Mann nach dem Tode der Frau bei beerbter Ehe die dos nur für die Kinder. Mitteis S. 248.

[3] Nach Bechmann, Dotalrecht II 434, Anm. 1 bezieht sich § 10 cit. nicht auf die dos, sondern auf das eigene Vermögen der Frau. Allein die Novelle spricht von den bona materna, von dem totum patrimonium der Mutter. Dass aber die dos damals zu den bona materna gerechnet wurde, ergibt deutlich Nov. Theod. II. 14 (de paternis sive maternis bonis), § 6 verglichen mit § 3. Patrimonium filiae heisst die dos oft genug. Dig. 4, 4, l. 3, § 5; 11, 7, l. 16. Cod. Iust. V, 13, § 14. Natürlich ist die dos nicht notwendig das ganze patrimonium; daher die allerdings für die dos nicht zutreffende, weil überflüssige Voraussetzung in § 10: muliere in matrimonio intestata deficiente.

nuptias zu Niessbrauch erhielt, während das Eigentum daran den Kindern zustand.

Für den Fall der unbeerbten Ehe bestimmte Valentinian III. im Jahr 452 (Nov. 34, § 8. 9), dass die Witwe die Hälfte der sponsalia dem Vater beziehungsweise der Mutter des verstorbenen Mannes, der Witwer die Hälfte der dos den Eltern der verstorbenen Frau restituieren solle[1]. Sind Vater und Mutter des verstorbenen Ehegatten nicht mehr am Leben, so behält der Ueberlebende die ganze donatio ante nuptias beziehungsweise die ganze dos[2]. Für eine Rückforderung der dos profecticia oder einer analogen donatio antenuptialis profecticia bleibt nach dieser Konstitution kein Raum[3].

Auf den angeführten Konstitutionen fusst das eheliche Güterrecht der in den germanischen Reichen entstandenen römischen Rechtsquellen. Die Lex Romana Wisigothorum enthält die oben erwähnten Novellen von Theodosius II., Valentinian III. und von Severus. Die Lex Romana Burgundionum paraphrasiert in Tit. 26 den § 10 der vierunddreissigsten Novelle Valentinians III. Das Edictum Theoderici bestimmt in c. 54 für den Fall der Ehescheidung, dass der schuldlose Mann, wenn Kinder da sind, den Niessbrauch der dos und der sponsalitia largitas, die schuldlose Frau die dos und den Niessbrauch der sponsalitia largitas, haben solle[4].

Einwirkungen des römischen Rechtszustandes lassen sich im westgotischen Volksrechte wahrnehmen. Nach einer Stelle der

---

[1] Si nullis interpositis conditionibus viro fuerit attributa. Die Halbteilung entspricht dem lebenslänglichen Niessbrauch an der Hälfte des Mutterguts bei beerbter Ehe.

[2] Die Novelle Valentinians III. stellt sich als Fortbildung eines Gesetzes von Theodosius II. dar, welches im syrischen Rechtsbuch (P 38) erwähnt wird. Nach diesem Gesetze erhält der Mann bei unbeerbter Ehe einen Teil der dos, welcher mit Rücksicht auf die Zahl der in der Ehe erzeugten, wenn auch verstorbenen Kinder bis zur Hälfte steigen kann, während der Rest an den Vater der Frau fällt. Siehe Mitteis S. 248 f.

[3] Bechmann, Das röm. Dotalrecht S. 434, Anm. 1 bezweifelt mit Unrecht, dass § 9 auch auf die dos profecticia zu beziehen sei. Die Stelle spricht ganz allgemein von der dos und macht nur eine Ausnahme für die dos, die kraft besonderer Verabredung dem Manne zufällt.

[4] Vgl. Nov. Theod. II. 14, 1, § 4 v. J. 439. Cod. Iustin. V 17, 8, § 7. 8 und Mitteis S. 249. Ob und wie weit das Recht der römischen Provinzialen die merowingischen Satzungen über eheliches Güterrecht beeinflusst hat, denke ich anderwärts auszuführen.

Leges Eurici, Fragm. 321, die dann in die Lex Wisig. Recc. IV 2, 13 aufgenommen wurde, hat der Mann nach dem Tode der Frau bei beerbter Ehe den Niessbrauch ihres Vermögens. Sobald aber Sohn oder Tochter das zwanzigste Lebensjahr vollendet haben, soll ihnen der Vater die Hälfte des Muttergutes herausgeben, so dass er nur den Niessbrauch an der andern Hälfte behält. Soweit stimmt die westgotische Satzung mit der Konstitution Valentinians vom Jahr 452 überein. Als Neuerung kam hinzu, dass das Kind bei der Verheiratung zwei Drittel des ihm gebührenden Muttergutes erhält, der Vater sonach auf den Niessbrauch eines Drittels beschränkt wird [1].

Nach alledem war es eine theoretische Wiederbelebung eines längst abgestorbenen Rechtsinstituts, eine Art doktrinärer Renaissance, als Justinian in seine Kompilationen vereinzelte Stellen aufnahm, welche sich auf die klassische dos profecticia beziehen; denn erhalten hatte sich nur der Rückfall der dos profecticia, die bei Lebzeiten der Tochter iure potestatis an den Ascendenten gelangte. Dabei bleibt es auffallend, dass die eigenen Konstitutionen Justinians nur diese ex iure potestatis zurückfallende dos profecticia betreffen [2]. Noch auffallender ist, wie Justinian die klassische dos profecticia in seinen Novellen ignoriert. Novelle 22 behandelt in c. 23 die rechtlichen Wirkungen der zweiten Ehe. Sind Kinder aus der ersten Ehe vorhanden, so verliert die Witwe, die wiederum heiratet, das Eigentum an der lukrierten donatio propter nuptias,

---

[1] Führt der Mann den Kindern eine Stiefmutter ins Haus, so muss er den Kindern nach Leges Eurici 321 das ganze Muttergut sofort herausgeben, ne dum filii ad domum transeunt alienam, novercae suae vexentur iniuriis. Wenn sie ihr Gut erst mit dem zwanzigsten Lebensjahre oder bei der Verheiratung erhalten würden, hätten sie wahrscheinlich unter den Ränken und Einflüssen der Stiefmutter zu leiden. Der Text der Vulgata zeigt ändernde Zusätze, die der Reccessvinthiana noch fehlen. Vgl. Dahn, Studien S. 127.

[2] Cod. III 38, l. 12 v. J. 530, eine Stelle, welche Viollet, Histoire du droit civil français S. 846 mit Unrecht als Belag für die Ausdehnung des droit de retour auf die Mutter anführt, betrifft eine dos oder donatio ante nuptias, welche stipulatione vel lege hoc faciente bei Lebzeiten des Kindes an den Vater gelangt ist. Cod. V 13, lex un. § 13. 14 ist auf den Tod des Mannes und auf den Fall der Scheidung zu beziehen. Czyhlarz, Das römische Dotalrecht S. 390. Der Vater kann die Rückgabe der dos verlangen, wenn er die Tochter in seiner Gewalt hat. War die dos für die filia in potestate bestellt, diese aber nach Bestellung der dos emanzipiert worden, so steht die Dotalklage nach § 11 l. c. nur der Tochter zu.

der Witwer, der wiederum heiratet, das Eigentum an der lukrierten dos, sodass sie auf den Niessbrauch beschränkt werden. Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob die dos oder die donatio propter nuptias vom Ehegatten selbst oder von einem andern, einem Verwandten oder einem extraneus, gegeben worden sei. Novelle 98 reduzierte das Recht an der lukrierten dos und donatio nuptialis bei beerbter Ehe schlechtweg auf den Niessbrauch, also auch für den Fall, dass der überlebende Ehegatte keine neue Ehe einging. Folgerecht sah sich dann Novelle 127 c. 3 veranlasst, den Ehegatten, der nicht wieder heiratet, zu belohnen, indem sie ihm ausser dem Ususfructus einen Kindesteil als Eigentum zusprach.

Auf den genannten Novellen, die in der Fassung der Epitome Juliani benutzt sind [1], beruht der Titel de acceptione dotis im Tübinger Rechtsbuche c. 5 [2] und in Petri exceptiones legum Romanorum I 33. Sie schliessen einen gesetzlichen Anspruch des Ascendenten auf Rückgabe der von ihm bestellten dos geradezu aus, indem sie bestimmen, dass bei kinderlosem Tode der Frau der Mann die dos behält, nisi *sub pacto reddendi* parentibus vel propinquis aut etiam heredibus dotem acceperit [3].

Die Glossatoren haben aus den Rechtsbüchern Justinians die längst verschüttete dos profecticia des klassischen Rechtes wiederum ausgegraben. Aber sofort erhob sich eine lebhafte Streitfrage über die Rückforderung der dos profecticia, nämlich darüber, ob sie auch bei beerbter Ehe zulässig sei. Bulgarus bejahte, Martinus verneinte die Frage. Und bekannt ist die berühmte Anekdote, wie Bulgarus die Konsequenzen seiner unpraktischen Ansicht [4] an seiner eigenen Börse erfahren musste [5]. Vom Standpunkte der

---

[1] Julian 36. 91. 114.

[2] Il libro di diritto di Tubinga ed. Max Conrat im Bulletino dell' Istituto di diritto romano, anno III. fasc. I p. 8 ff.

[3] Auf Justinians Institutionen und auf die Epitome Juliani geht auch der Brachylogus in Buch II tit. 13, de donationibus, § 4 ff. zurück. Der dos profecticia geschieht keine Erwähnung.

[4] Justinian weiss nichts mehr von dem Abzug der Quinten. Durch die Ignorierung der Quinten wurde die Rückforderung der dos profecticia bei beerbter Ehe zu einer unbilligen Härte.

[5] Die Frau des Bulgarus stirbt mit Hinterlassung von Kindern. Der Schwiegervater des Bulgarus wendet sich an Martinus mit der Anfrage, ob er die Aussteuer zurückfordern könne. Martinus antwortet, wenn ich dein Schwiegersohn wäre, würde ich sie dir nicht herauszugeben brauchen; da du

der reinen Pandektentheorie war die Ansicht des Bulgarus unzweifelhaft richtig. Nichtsdestoweniger ist sie nicht in das gemeine Recht eingedrungen, vielmehr hat in der herrschenden Praxis Martinus recht behalten und zwar darum, weil seine Meinung einem Gedanken des germanischen Rechtes entgegenkam, das den Wiederanfall der Aussteuer nur bei kinderlosem Tode des Beschenkten eintreten liess. Lehrreich ist dabei das Schwanken der Praxis. Im Einklang mit Stryk und Struv erklärt ein Münchener Urteil vom Jahr 1852 die Gewohnheit, welche das Recht der Kinder aufrechthalte, sei vorherrschend verbreitet [1]. Ebenso folgt ein Darmstädter Urteil der Meinung des Martinus, wogegen die hannoversche Praxis einzelne Urteile im Sinne des Bulgarus aufzuweisen hat. Vielleicht sind diese örtlichen Schwankungen kein blosser Zufall und auch nicht aus dem einseitigen Romanismus zu erklären, durch den die Juristen Hannovers sich geraume Zeit hindurch auszeichneten. In der Periode der deutschen Rechtsbücher vermögen wir ein Wiederanfallsrecht zwar in oberdeutschen und fränkischen Quellen aber nicht in den niedersächsischen nachzuweisen. In Frankreich ist die Jurisprudenz von jeher mit entschiedener Majorität für Martinus eingetreten. Ein Edikt für die Provence vom Jahr 1456 gab eine gesetzliche Deklaration der Lex Dos a patre profecta (Cod. Iust. V, 18, 4), indem sie mit Rücksicht auf den unter den Doktoren herrschenden Streit bestimmte, dass die dos profecticia in erster Linie den Kindern gebühre.

3. Das droit de retour des älteren coutumiären Rechtes.

Die hergebrachte Annahme, dass das droit de retour auf eine Rezeption justinianischen Rechtes zurückgehe, fällt in sich zusammen, wenn es gelingt, den quellenmässigen Nachweis zu führen, dass jenes im Gebiete des französischen Rechtes bereits vorhanden gewesen war zu einer Zeit, in welcher von einer Einwirkung des

---

aber den Bulgarus zum Schwiegersohn hast, so verlange dreist die dos von ihm, denn er muss sie nach der von ihm verfochtenen Ansicht herausgeben. Verweigert er sie, dann werde ich ihn schlecht machen (eum de sua opinione scandalizabo). Bulgarus zahlte ohne Weiterungen die dos heraus, quod domino Martino non placuit. Savigny, Gesch. des römischen Rechtes im Mittelalter IV 90 f.

[1] Seuffert, Archiv VI, nr. 214. Vgl. I, nr. 350.

justinianischen Rechtes noch keine Rede sein kann. Zu diesem Zwecke soll zunächst das coutumiäre Recht, sodann das normannische mit Einschluss des anglonormannischen und sizilischen Rechtes, das südfranzösische und das niederfränkische Recht ins Auge gefasst werden. Endlich soll die Heranziehung der friesischen, nordgermanischen und oberdeutschen Rechte, sowie der Volksrechte der fränkischen Zeit den germanischen Ursprung der Institution sicherstellen.

Unter den Quellen des coutumiären Rechtes lassen die des Vermandois und der Champagne das droit de retour am weitesten zurückverfolgen und zugleich den Zusammenhang am deutlichsten erkennen, der in dieser Beziehung zwischen dem Rechte des sechzehnten Jahrhunderts und dem älteren Rechte obwaltet.

Zuerst tritt uns ein droit de retour in einer Handfeste für Laon vom Jahr 1128 entgegen[1]: si quis filiam vel neptem sive cognatam maritans terram vel pecuniam ei dederit et illa mortua sine herede fuerit, quidquid terre vel date pecuniae adhuc comparentis de ea remanserit, ad eos qui dederunt vel ad heredes eorum redeat. Wir haben es hier mit einem Rückfall des sogenannten maritagium zu thun. Es war dies die Mitgift oder Aussteuer, welche die Frau in die Ehe eingebracht hat, also die der römischen dos am nächsten stehende Einrichtung des germanischen Rechtes. Gegenstand des Rückfalles ist nicht nur unbewegliches, sondern auch bewegliches Gut, soweit es noch im Nachlasse vorhanden ist[2]. Das Rückfallsrecht hat der Verwandte, der die kinderlos verstorbene Frau ausgestattet hat. Lebt er nicht mehr, so haben es seine Erben. Das droit de retour ist also aktiv vererblich. Denselben Rechtssatz enthalten die Handfesten für Cerny und mehrere andre Orte des Laonnais vom Jahr 1184, § 20 ff.[3], für Crespy vom selben Jahre § 13[4], für Bruyères in der Picardie vom Jahr 1186[5] und für Montdidier[6] vom Jahr 1195.

---

[1] Ordonnances XI 186.

[2] Die Gabe ist sonach dem Geber nicht verfangen. Vgl. Code civil art. 747, nach welchem das geschenkte Gut zurückfällt, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession, bezw. der Kaufpreis, der dafür geschuldet wird, wenn die Gabe veräussert worden ist.

[3] Ordonnances XI 233.

[4] Ordonnances XI 236.

[5] Ordonnances XI 246.

[6] Ordonnances XII 288.

Das Rechtsbuch, welches Pierre de Fontaines, Bailli des Vermandois und Mitglied des Pariser Parlamentes in starker Anlehnung an die fremdrechtlichen Quellen circa 1253 verfasste, enthält den Satz, dass es der Coutume entspreche, wenn das vom Vater der Tochter in Mitgift gegebene Grundstück nach ihrem kinderlosen Tode an ihn zurückfalle[1]. Die Stelle kann füglich nicht von einem allgemeinen Erbrechte des Vaters, sondern nur von einem droit de retour verstanden werden, zumal wenn wir sie mit gleichzeitigen Aussprüchen der Reimser Quellen und mit der fast gleichzeitigen Praxis des Pariser Parlamentes zusammenhalten.

Eine kurze Aufzeichnung über das Recht der Stadt Reims von ungefähr 1250 enthält die Bestimmung: s'aucun marie son enffans et il muert sans hoirs de son cors ou sans devise (ohne letztwillige Verfügung), il revient au pere et a la mere *ce que il li ont donei*[2].

Eine kompilatorische Arbeit vom Anfang des vierzehnten Jahrhunderts, li droict et lis coustumes de Champaigne et Brie setzt in c. 10 ein droit de retour des Vaters voraus, indem sie sagt: il est coustume en Champaigne, que si aucuns chevaliers marie son fils ou sa fille et il li donne de son heritage et il avient que il se muire senz hoir de son corps, li heritage revient au pere et ne doit point de relie ne de rachast au seigneur, di qui li heri-

---

[1] Pierre de Fontaines ed. Marnier XV 14.

[2] Aus Varin, Archives législatives de la ville de Reims, Statuts I, abgedruckt bei Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge II 418, § 6. Der Liber practicus Remensis, eine kompilatorische Quelle hauptsächlich kanonistischen Inhalts, enthält einen vermutlich aus dem dreizehnten Jahrhundert stammenden Aufsatz: Consuetudo Remensis, que pro iure servatur. Dieser setzt in c. 39 den Fall, dass eines von mehreren abgeschichteten Kindern ohne Nachkommen stirbt, und unterscheidet nach Art der flandrischen Quellen, ob die Eltern noch beide leben oder nur noch ein Elternteil am Leben ist. Im ersten Falle gelangt der Nachlass des verstorbenen Kindes ungeteilt an die Eltern; si alter parentum mortuus fuerit, non tota illius mortui hereditas ad unum parentem revertetur, sed solum ista, que ex parte sua veniebat. Vgl. unten S. 717 ff. Ein droit de retour lässt sich bei aufgelöster Ehe der Eltern aus dieser Stelle nicht mit Sicherheit gewinnen. Denn sie kann dahin verstanden werden, dass der überlebende Vater alles Gut nimmt, das von väterlichen Verwandten, die überlebende Mutter alles Gut, das von mütterlichen Verwandten an das Kind gekommen ist. Der Ueberlebende nimmt dann das Gut, das von ihm selbst herrührt, kraft der Regel: paterna paternis, materna maternis, und nicht kraft Wiederanfallsrechts. Varin a. O. Cout. I 40.

tage muet de fie: et ainsis en use len[1]. Relief und Rachat sind Abgaben, die bei Mannfall an den Lehnsherrn bezahlt werden. Sie werden nicht fällig, wenn das Lehen nach dem kinderlosen Tode des Sohnes oder der Tochter an den Vater zurück gelangt, von dem es gekommen war.

Im fünfzehnten Jahrhundert verstummen die Quellen über das droit de retour, eine Erscheinung, die wir auch ausserhalb des hier besprochenen Rechtsgebietes in Frankreich wahrnehmen können. Allein zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts tritt es uns wiederum deutlich entgegen. So sagt die Coutume von Vitry aus dem Jahr 1509[2]: Est aussi coustume audit bailliage, que quand aucun noble marie son fils ou sa fille et luy donne son heritage feodal ou roturier et il advient que son dit fils ou fille decede sans hoir de son corps, ledit heritage ainsi donné retourne audit donateur et n'en doit au feodal aucun relief ou rachat; et ainsi doit estre fait quant aux gens roturiers. In nahe verwandter Fassung findet sich derselbe Rechtssatz in der Coutume von Meaux vom Jahr 1509[3]. Die Uebereinstimmung mit c. 10 der Coutumes de Champaigne et Brie geht in Bezug auf Inhalt und Form soweit, dass an einem unmittelbaren Zusammenhange nicht zu zweifeln ist.

In andrer Formulierung begegnet uns das droit de retour in der Coutume von Sens vom Jahr 1506, deren Redaktion in das Jahr 1495 zurückreicht: donation d'heritage faite par pere ou mere à leurs enfans en accroissement et faveur de mariage sortit nature de propre. Et neamoins si celuy ou celle à qui est faite ladite donation va de vie à trépas sans hoirs procrées de son corps, ledit heritage retourne ausdits pere ou mere qui l'auront donné[4]. Das droit de retour wird hier als eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel eingeführt: les propres ne remontent point.

---

[1] Coutumier général III 211. Nach Art. 54 dieser Rechtsquelle galt in der Champagne sonst der Grundsatz: que toutes eschoites de heritages viennent à plus prochien de celuy, qui muert senz hoir de son corps, et descendent sans retourner.

[2] Coutumier général III 313, art. 26.

[3] Coutumier général III 394, art. 159.

[4] Coutumier général III 491, art. 100. Ebenso Coutume du bailliage de Troyes v. J. 1509, art. 141, III 250.

Propres sind bekanntlich unbewegliches Erbgut[1]. Das Nichtsteigen der propres bedeutet sonach dasselbe, wie die deutschen Rechtssprichwörter: „Erbe klimmt nicht“ oder „Wer will zu dem Erbe stehen, muss in den Linien sein, die niederwärts gehen“, dasselbe wie die in Aragon geltende Regel: que los bienes non suben, si no que baxan[2]. Die Anwendung der Parömie „les propres ne remontent point“ schliesst die Ascendenten vom Erbgange aus[3]. Eine Auslegung, die jenes Prinzip auf die Bedeutung der Regel: paterna paternis, materna maternis, beschränkte, ist Ergebnis jüngerer Reflexion. Dehnten doch manche Rechte z. B. eine vermutlich dem vierzehnten Jahrhundert angehörige Coutume von Dijon das Nichtsteigen des Gutes sogar auf die obere Seitenverwandtschaft aus[4]. Wenn nicht der Ursprung[5] des Satzes: les propres ne remontent point, so ist doch die Ausdehnung und Anwendung, die er namentlich in den französischen Rechtsquellen des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts gewann, aus militärischen und wirtschaftlichen Gründen zu erklären. Sowohl dem militärischen Interesse als dem Interesse des Bauerngutes war eben mit einem jungen und rüstigen Erben besser gedient, als mit einem hochbetagten. Es ist dasselbe Motiv, das in Deutschland der Gutsabtretung gegen Altenteil zu Grunde liegt.

Die strikte Durchführung der Regel: les propres ne remontent point, hat nachweislich in zahlreichen Coutumes die vorübergehende Beseitigung des droit de retour bewirkt. Da die Elterngabe dem ausgesteuerten oder dem beschenkten Kinde die Verfügung inter vivos nicht verwehrte, da dem Geber die Gabe nur soweit wieder anfallen sollte, als sie in dem Nachlasse des verstorbenen Kindes noch vorhanden war, so lag es nahe, den Wiederanfall unter den Gesichtspunkt des Erbrechtes zu bringen,

---

[1] Ueber den Begriff der propres siehe Beaune, Droit coutumier français III, La condition des biens (1886) S. 379 f.

[2] Ficker, Erbenfolge der ostgermanischen Rechte II 82.

[3] Loisel, Institutes coutumières nr. 332. Beaune a. O. S. 384.

[4] Pérard, Recueil de pièces pour . . l'histoire de Bourgogne S. 357. Ficker, Erbenfolge II 84.

[5] Ficker a. O. II 82 f. erklärt die Zurücksetzung der Ascendenten aus dem Grundsatze paterna paternis, materna maternis, weil, wo das Gut an die Elternseite zurückkommen sollte, von der es herrührte, das nur genügend zu erreichen war, wenn man den Vorzug der Ascendenten beseitigte.

besonders nahe namentlich dort, wo es, wie in Reims, dem Beschenkten gestattet war, sogar letztwillig über die Gabe zu verfügen. Als Erbrecht geriet das droit de retour in Widerstreit mit dem Grundsatz, dass Erbgut nicht steige. Wie es in diesem Kampfe hie und da unterlegen ist, lässt sich deutlich in der Coutume von Reims verfolgen. Der Wiederanfall der Elterngabe, der daselbst um die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts Rechtens war, im Liber practicus Remensis, mindestens bei ungeschiedenem Ehebette der Eltern, als Konsequenz eines Elternerbrechts erscheint, ist in der Reimser Coutume vom Jahr 1481 beseitigt. Sie schliesst ihn aus durch den Grundsatz, dass das unbewegliche Gut (héritaiges), sei es nun Erbgut (naissant) oder Gewinnland (acquest), in Ermangelung von Descendenten an die Seitenverwandten, eventuell an den Gerichtsherrn gelangt [1], während die Ascendenten auf die Erbfolge in die Fahrnis beschränkt sind [2]. Erst die Reimser Coutume von 1556 gestattet wieder, dass das Erbgut, das durch Elterngabe an den Erblasser gelangt war, an den Elternteil zurückkehre, von dem es herstammt. Tel naissant remonte, c'est à dire revient au pere, mere, ayeul, ou ayeule ou autres ascendans testateurs ou donateurs ou cas que ledict legataire ou donataire feust decedé sans enfans procréez de son corps en loyal mariage [3]. In dem Procès verbal der Coutume von 1556 heisst es von jenem Artikel, dass er: a esté de nouvel introduit [4].

Aehnliches Schwanken zeigen die Quellen der Pariser Cou-

---

[1] Cout. de Reims I, 26 verglichen mit I, 36 ff. bei Varin, Archives législatives de la ville de Reims I 662 ff.

[2] Unbewegliches Gut, das Vater oder Mutter einem Kinde als Heiratsgabe geben oder en advancement de succession, gilt in der Regel für Erbgut (naissant) des Kindes, unter Umständen für Gewinngut (acquest). Bei Schenkungen von Grundstücken ist es im allgemeinen nötig, dass der Beschenkte damit vor Gericht investiert werde, soit vestuz et saisiz. Allein vest et dévest sind überflüssig bei Gaben, welche Ascendenten den Descendenten aus Anlass der Heirat oder auf den Erbteil hin zuwenden. Erfolgt dagegen die Elterngabe mit Auflassung, so gilt sie für acquest des Kindes. Coutume v. 1481, I 82 a. O. S. 675. Der Unterschied ist von Bedeutung für die Kollationspflicht und für die Vererbung an die Seitenverwandten, da das Erbgut (naissant) die Linie hält, von der es herstammt.

[3] Coutumier général II 494, art. 29.

[4] Coutumier général II 565. Vgl. die ähnlichen Bemerkungen zur Coutume von Noyon art. 22, II 576 und zur Coutume des Bailliage von Laon art. 109, II 557.

tume. Eine im letzten Viertel des dreizehnten Jahrhunderts, ungefähr um 1280 entstandene Privatarbeit, die den Gerichtsgebrauch der Gerichte des pays de France, insbesondere den des Châtelet, des Gerichts der prévôté von Paris darstellt, bezeugt uns ein droit de retour der Eltern. Quiconques a partie de pere et de mere — tant l'aient le pere et la mere conquis — se celui ou cele qui a la partie muert sans hoir de son cors, l'eritage retorne à son pere et sa mere [1]. Dagegen schliessen die dem vierzehnten Jahrhundert angehörigen Coutumes notoires und die sogenannten Décisions de Desmares das Wiederanfallsrecht der Eltern aus [2]. Ebenso ignoriert es der spätestens 1389 entstandene Grant Coustumier de France des Jacques d'Ableiges. Dass es auch im fünfzehnten Jahrhundert unbekannt war, beweist eine kürzlich entdeckte Rechtsaufzeichnung, die nachträglich die Ueberschrift erhielt: Coustumes de France du temps de Charles VII. In einem Abschnitt: de circa successionem consuetudinibus, bestimmt sie ganz allgemein [3], dass den kinderlos verstorbenen Erblasser Vater und Mutter oder der Ueberlebende von beiden hinsichtlich der meubles und acquests beerben, wogegen die héritages dem Bruder des Erblassers zufallen. Noch die Pariser Coutume von 1510 weiss nichts von einem droit de retour. Erst in der reformierten Coutume von 1580 taucht es wiederum auf.

Die Geschichte des droit de retour in den Coutumes von Reims und von Paris ist geradezu typisch für zahlreiche andre Coutumes. Sie erklärt es, dass man das droit de retour für das ältere französische Recht bestreiten konnte, indem man die vereinzelten Zeugnisse übersah oder in andrer Weise auslegen zu dürfen glaubte.

Zu den übersehenen Zeugnissen gehören die Aussprüche picardischer Quellen über Rückgabe und Rückfall der Aussteuer.

---

[1] Le livre des constitucions demenées el Chastelet de Paris ed. Mortet § 18, S. 42.

[2] Coutumes notoires art. 185. Desmares art. 293. Vgl. H. Buche, Essai sur l'ancienne Coutume de Paris in der Nouv. Revue hist. de droit 1885, S. 567 f.

[3] Nouv. Revue hist. de droit 1891, S. 188. Die Stelle entscheidet gegen Coin-Delisle, der (Revue critique de législation X 215 ff.) das droit de retour trotz der Coutumes notoires und trotz der Pariser Coutume von 1510 als geltend voraussetzt.

Das Stadtrecht von Amiens aus dem Jahr 1249 entwickelt darüber folgende Grundsätze[1]. Hat jemand seine Tochter oder seine nächste Erbin[2] ausgesteuert und stirbt diese, ohne in der Ehe ein lebendes Kind geboren zu haben[3], so muss der Witwer die Aussteuer an den Besteller herausgeben. Hatten beide Eltern das maritagium gemeinschaftlich bestellt und ist nur noch ein Elternteil am Leben, so erhält der Ueberlebende (mit Rücksicht auf die in Amiens geltende Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft) nur die Hälfte der Aussteuer zurück. Sind beide Eltern tot, so braucht der Witwer nichts herauszugeben[4]. Durch die Geburt eines lebenden Kindes erlangt die Ehefrau die Befugnis inter vivos und von Todes wegen über die Aussteuer zu verfügen und damit die in Ermangelung von Leibeserben sonst notwendige Rückgabe auszuschliessen. Ist die Aussteuer als Erbgut (hiretages) bestellt, oder in Geld, das in Erbgut verwandelt werden soll, so fällt sie bei unbeerbter Ehe ipso iure an den Besteller oder an seinen nächsten Erben zurück[5]. Im Einklang mit den Bestimmungen der älteren Coutume von Amiens stehen etliche Urteile picardischer Gerichte, deren eines dem Jahre 1320 angehört. Sie ergeben, dass der Ehemann nach dem Tode der Frau das maritagium an den Geber, sei es nun an den Vater oder an den Bruder herauszugeben hatte, falls in der Ehe ein lebendes Kind nicht geboren worden war[6].

---

[1] Coutume d'Amiens art. 63. 70. 82 bei Thierry, Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état I (1850) S. 142 f. 144 f. 148 f.

[2] Art. 70.

[3] Art. 82: et se il avenoit chose que le devant dite feme morust sans che que ele n'eust eu enfans ... qui n'eussent esté en vie, li devant dis baron seroit tenus à rendre tout son mariage ... Dass es sich darum handelt, ob ein Kind geboren worden war, das gelebt hatte, ergibt die vorausgehende Stelle: et avient chose que chil ait enfans un ou pluisors, qui aient esté en vie, et avenist que li dit enfant muirent devant le mère ...

[4] Art. 63. 82.

[5] Art. 70: quiconques marit se fille ou sen plus prochain oir et porcte (porte) à mariage un nombre de deniers, par tele condition, que cil deniers doivent estre mis en hiretages avecques les oirs de chelui ou de chele qui les porte ... li hiretages qui de ches deniers seroit acatez par condiction, il eskerroient d'aus à chelui qui les aroient aportez à mariage. Was von der Aussteuer gilt, die in Erbgut konvertiert werden soll, muss auch von derjenigen gelten, die von vornherein in hiretages bestellt wird.

[6] Marnier, Coutumier de Picardie S. 15 f.: De raport de mariage. Die Coutume générale von Ponthieu v. J. 1495, Cout. général I 87, art. 37 schliesst

Ein neues Zeugnis für das droit de retour bietet ferner eine der ersten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts angehörige Quelle aus dem äussersten Norden Frankreichs, li livre des usaiges et anciennes coustumes de la conté de Guysnes [1]. Wenn die Eltern eine eheliche Tochter einem jungen Manne in die Ehe geben und die Tochter mit hundert Francs oder mehr oder weniger aussteuern, et après icelle fille va de vie à trespas sans avoir hoirs de son corps et son père et mère vivent après icelle leur fille, certes ils auront, se tant y est trouvé, autant qu'ils donnerent en mariage avec leur dicte fille. Et pareillement feroit son mary, se il alloit de vie à trespas devant elle. Der Rechtssatz, dass die Geldschenkung den Eltern wieder anfalle, war für das Recht von Guînes ein praktisches Bedürfnis, weil es die Ascendenten bei der Nachfolge in die Fahrnis hinter die Geschwister des kinderlosen Erblassers, der verheiratet gewesen war, zurücksetzte [2]. Unsre Stelle ist eine der wenigen, die den Wiederanfall von beweglichen Sachen ausdrücklich anerkennen. Er greift nur Platz, soweit sie noch vorhanden sind, eine Beschränkung, die uns auch in den Stadtrechten des Laonnais und in der jüngeren coutumiären Jurisprudenz begegnet, soweit sie das droit de retour bei Fahrhabe überhaupt gelten liess.

Als ein singuläres Erbrecht, nämlich als Nachfolge in gewisse von ihnen herrührende Gegenstände des Nachlasses, erscheint das droit de retour in dem Livres de Jostice et de Plet, einem in Orléans entstandenen Rechtsbuche, welches zum grossen Teile Uebersetzungen aus den Pandekten und Dekretalen, daneben aber wichtige coutumiäre Rechtssätze enthält. In dieser bald nach

---

im Gegensatz zu lokalen Coutumes den raport de mariage aus. Vgl. Cout. de Marquenterre ch. 20, I 110, wo noch das alte Recht erscheint. Marnier verweist a. O. S. 16, Anm. 1 auf die in den Chroniques de Saint Denis (ed. Paulin IV 52) berichtete Thatsache, dass Philipp August von Heinrich II. von England das maritagium zurückforderte, welches dessen Gemahlin Margaretha, Tochter Ludwigs VII., erhalten hatte. Die Stelle geht auf Rigordi Gesta Philippi Augusti zum Jahre 1187 zurück.

[1] Herausgegeben von Tailliar in den Publikationen der Société des antiquaires de la Morinie 1856, art. 432, S. 213. Die Handschrift stammt aus der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts. Aufgenommen ist eine Verordnung Heinrichs VII. von England v. J. 1433. Der Ort, nach dem die Grafschaft Guînes benannt war, gehört zum Arrondissement Boulogne sur Mer.

[2] Vgl. art. 428, S. 211.

1255, vermutlich noch vor 1258 entstandenen Rechtsquelle heisst es XII, 21, § 18, S. 253: La mère et li pères sont heirs au fiz an mobles et en conquez et en ce *qui muet d'aus;* et li prochein enprès. Während in Fahrhabe und Gewinnland dem kinderlosen Sohne die Eltern succedieren, fallen die Erbgüter (heritages) an den nächsten Seitenverwandten der Linie, von der sie herstammen, ausgenommen die von den Eltern selbst herrührenden Güter. Unter dem: ce qui muet d'aus, können, wie der Gegensatz zu den meubles und conquez ergibt, nur unbewegliche Güter gemeint sein, die durch Elterngabe an den Erblasser gelangt waren und in seiner Hand den Charakter von Erbgütern besassen. Gegen Ende des fünfzehnten und zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts finden wir das droit de retour der Eltern in den Coutumes von Orléans wieder, und zwar in den Redaktionen von Lorris-Montargis von 1494 [1] und 1531 [2] und in der von Orléans aus dem Jahre 1509 [3].

Von einzelnen älteren Quellenstellen ist es streitig, ob sie für Zeugnisse des droit de retour gelten dürfen. Dahin gehört ein oft besprochenes Urteil des Pariser Parlamentes vom Jahre 1268 [4]. Es motiviert sich durch den allgemeinen Grundsatz: cum per usus et consuetudines Francie donum factum ab ipsa matre liberis suis, cum ipsa vivente absque liberis decesserint, ad matrem reverti debeat, tanquam ad stipitem. Dem Urteil liegt folgender Rechtsfall zu Grunde. Gilbert und Frau hatten während der Ehe Land von 600 Pfund Rente (sexcentas libratas terre) erworben. Als Gilbert starb, fiel kraft Errungenschaftsgemeinschaft die eine Hälfte jenes Landes an seine Witwe, die andre an seine sechs Kinder als die nächsten Erben. Bei der Auseinandersetzung mit ihren Kindern nahm die Mutter von ihrem Anteil nur 200 Libratae und überliess den Rest, 100 Libratae, ihren Kindern. Diese Schenkung an

---

[1] La Thaumassière, Les anciennes et nouvelles Coutumes locales de Berry et celles de Lorris 1679, S. 462, ch. 14, art. 14: quand pere et mere, ayeul ou ayeule ou l'ung d'eux donnent aulcune chose en traicté de mariage à leurs enfans ou aulcuns d'eux pour estre leur propre heritage et le donnataire va de vie à trespas sans heritiers en droicte ligne, delaisse pere ou mere, ayeul ou ayeule et des freres et autres parens en ligne collaterale, à iceulx parens en droicte ligne retourneront les heritages par eux donnés audict deffunct.

[2] Tardif, Coutumes de Lorris 1885, S. 55, art. 263.

[3] Coutumier général III 751, art. 248.

[4] Olim I 715.

die Kinder gab später den Anlass eines Rechtsstreites. Von den sechs Kindern waren nämlich noch drei bei Lebzeiten der Mutter gestorben. Dann starb sie selbst. Bald darauf ein viertes Kind, so dass nur noch ein Sohn Egidius und eine Tochter Petronilla übrig blieben. Als nächster Erbe hatte Egidius den gesamten Nachlass seiner vier verstorbenen Geschwister in Besitz genommen. Petronilla klagt nun gegen ihn als Erbin der Mutter ihre Portion an jenem Teile des Landes ein, der nach dem Tode ihrer drei Geschwister an die Mutter zurückgefallen sei, cum incrementum illud ad matrem suam, *que illud dederat,* secundum usus et consuetudines Francie debuerit devenire. Ihre Klage beschränkt sich auf ihren Anteil an 50 Libratae Land, d. h. an jener Hälfte von dem an die sechs Kinder vergabten Lande der Mutter (100 Librae), welche nach dem Tode der drei vor der Mutter verstorbenen Geschwister an die Mutter zurückgefallen war[1]. Was das vierte Kind, das erst nach dem Tode der Mutter gestorben war, von dem Lande als Gabe der Mutter empfangen und hinterlassen hatte, wird aus dem Klaganspruch ausdrücklich ausgeschieden. Petronilla klagt nur wegen des Landanteils der drei bei Lebzeiten der Mutter verstorbenen Geschwister, „quia de quarto non audiretur“. Dass der Anteil des quartus dem Egidius als nächstem Erben angefallen sei, bestreitet sie nicht. Das Urteil lautet auf grundsätzliche Anerkennung des erhobenen Anspruchs. Marquis und Glasson suchen die Beweiskraft des ihnen allerdings sehr unbequemen Arrêts für das coutumiäre Recht zu beseitigen. Marquis, indem er das Urteil, das immerhin ein droit de retour bezeuge, auf das Recht des südlichen Frankreich bezieht, Glasson, indem er behauptet, dass es sich um gemeines Ascendentenerbrecht handle. Die Ansicht des ersteren scheitert an dem Ausdruck: per usus et consuetudines Franciae. Aber auch Glassons Einwand ist nicht stichhaltig. Mit voller Deutlichkeit wird der Anspruch der Klägerin durch den Rückfall der Elterngabe motiviert. Diesen Rückfall fasst das Urteil zwar als ein Erbrecht, aber als ein singuläres Erbrecht, als einen durch den Charakter der Elterngabe begründeten Schoosfall auf. Das droit de retour der Eltern gilt nicht für aktiv vererblich; sonst hätte Petronilla auch einen Anteil an dem von dem vierten Bruder hinterlassenen Lande fordern können.

[1] Man denke an den bekannten Grundsatz: le mort saisit le vif.

Eigentümlich ist die Stellung, die Beaumanoir in unsrer Lehre einnimmt[1]. Er referiert eine Meinung, die dahin geht, dass das Gut, welches von Vater oder Mutter auf das Kind gekommen sei, nicht wieder an sie zurückfallen könne und bekämpft diese Ansicht als unrichtige Auslegung des Grundsatzes: heritages ne remonte pas. Denn das Sprichwort bedeute nur, dass der Ascendent des Erblassers durch dessen Kinder ausgeschlossen werde. Das Erbrecht der Ascendenten gegen den kinderlosen Erblasser erleide aber eine Beschränkung durch die Regel paterna paternis, materna maternis. Daraus ergibt sich für Clermont im Beauvoisis ein Rechtszustand, der das droit de retour der Eltern überflüssig macht, das der ferneren Ascendenten ausschliesst. Die Elterngabe empfangen nach dem kinderlosen Tode des Kindes die Eltern nicht als Geber, sondern weil sie die nächsten Erben sind[2]. Erbgut, das der Vater dem Kinde gegeben hatte, fällt nach dem Tode des Kindes, wenn der Vater nicht mehr lebt, kraft Ascendentenerbrechts an die väterlichen Grosseltern, nicht an die Geschwister des Erblassers. In ähnlicher Weise erben die mütterlichen Grosseltern das von der Mutter her an den Erblasser gelangte Erbgut. Dagegen kann das Gut, welches der Grossvater dem Enkel gegeben hatte, nicht an jenen zurückkehren, solange der Vater beziehungsweise die Mutter lebt, da diese als nähere Ascendenten die ferneren ausschliessen. Das Erbrecht des Vaters und der Mutter beschränkt sich nicht auf das, was von ihnen selbst an das Kind gelangt ist, sondern auf alles, was es von Verwandten der väterlichen beziehungsweise der mütterlichen Seite erworben hat[3]. Beaumanoirs Darstellung ist in dieser Materie minder glücklich als sonst. Schief ist seine Auslegung des Satzes: heritages ne remonte pas, weil er ihn nicht sowohl auslegt, als vielmehr vollständig negiert. Wenn der Satz nur den Vorzug der Descendenten vor den Ascendenten bedeutet, ist er inhaltlos, denn dieser gilt auch für Fahrnis und Gewinnland. Irreführend ist es, dass Beaumanoir gegen die von ihm bekämpfte Ansicht das Motiv der lex 6 Dig. 23, 3, das Trostbedürfnis des seines Kindes beraubten parens, und das Motiv der lex 2 Cod. VI, 61, die Begünstigung von Liberalitäten der Eltern

---

[1] Beaumanoir XIV, 22. 23. Vgl. XIV, 29.

[2] Coin-Delisle, Revue critique de législation X 214.

[3] Coin-Delisle a. O. X 214.

gegen die Kinder, ins Treffen führt. Denn beide Motive passen für ein wahres droit de retour, nicht für ein durch den Grundsatz paterna paternis modifiziertes Ascendentenerbrecht. Beaumanoir scheint jene Argumente einer auf die römischen Quellen gestützten Begründung eines coutumiären droit de retour entlehnt zu haben. Dass sie für das Recht von Clermont überflüssig waren, weil dieses das Erbgut auf der Seite, von der es herstammt, steigen liess, hat er sich nicht zum Bewusstsein gebracht.

Aus dem fünfzehnten Jahrhundert kommen für das droit de retour in Ergänzung der bereits oben angeführten Zeugnisse noch die Coutumes des Herzogtums und der Freigrafschaft Burgund vom Jahre 1459 in Betracht, die zwei ersten offiziell redigierten und landesherrlich bestätigten Coutumes. Jene stellt zunächst den Grundsatz auf: succession en ligne directe ne monte point, den sie dahin erläutert, dass die Eltern von der Nachfolge in die Erbgüter (heritages anciens paternels ou maternels) ausgeschlossen seien. Sie fährt dann fort: mais le pere succedera seul et pour le tout (das heisst ohne mit den Geschwistern des Erblassers und deren Kindern teilen zu müssen, wie hinsichtlich der meubles und acquestz) ès biens que ses enfans auront eu de luy; et pareillement y succedera la mere comme le pere ès biens venans d'elle[1]. Obzwar das Recht der Eltern als ein Erbrecht in das von ihnen herstammende Erbgut aufgefasst wird, wie im Livres de Jostice et de Plet[2], hat doch die französische Jurisprudenz bis in die neueste Zeit nie daran gezweifelt, dass hier nur ein droit de retour, nicht etwa ein weitergehendes Ascendentenerbrecht gemeint sei[3]. Deutlich geht dies aus der Formulierung desselben Rechtssatzes in der nahe verwandten Coutume der Franche-Comté hervor, nach welcher der Satz: succession ab intestat ne monte point en ligne directe, eine Ausnahme erleidet hinsichtlich der Elterngaben, der donations faites par les pere et mere ou par l'un d'eux à leurs enfans[4].

Werfen wir einen Rückblick auf die vorgeführte Reihe von Zeugnissen eines droit de retour, so fällt ins Auge, dass sie eine chronologisch ziemlich geschlossene Kette bilden. Im zwölften

---

[1] Coutumier général II 1176, ch. 7, art. 14.

[2] Siehe oben S. 698 f.

[3] Schon Bartolomaeus a Chasseneo suchte es in seinem Kommentar. Ausgabe von 1534 fol. 97b, aus den römischen Rechtsquellen zu rechtfertigen.

[4] Coutumier général II 1197, ch. III, art. 44.

Jahrhundert fanden wir ein droit de retour im Stadtrechte von Laon und in seinen Tochterrechten. Das dreizehnte Jahrhundert zeigt es in Vermandois, Reims, Amiens, Orléans, im Châtelet von Paris und in der Praxis des Pariser Parlamentes. Spärlicher werden die Zeugnisse im vierzehnten Jahrhundert. Wir haben solche nur für Champagne und Brie und für die Picardie. Aus dem fünfzehnten Jahrhundert stammen die Belege für die Grafschaft Guînes, für Herzogtum und Freigrafschaft Burgund, für Orléans und Sens. In den Coutumes vom Anfang des sechzehnten Jahrhunderts mehren sich die Zeugnisse. Seit der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts wird das droit de retour in den Coutumes so häufig erwähnt, dass die Jurisprudenz seine Geltung auch für die sogenannten Coutumes muettes voraussetzte, das heisst für die Coutumes, die darüber schwiegen, und dass sie es nur dort versagte, wo es ausnahmsweise ausdrücklich ausgeschlossen war.

Das Recht des Wiederanfalls wird fast durchweg nur den Eltern eingeräumt. Erst in jüngeren Quellen tauchen auch die Grosseltern auf. Für den Rückfall der Aussteuer beziehungsweise für den raport de mariage wird in den Stadtrechten des Laonnais und in der Picardie der Kreis der Berechtigten etwas weiter gezogen. Die Handfeste von Laon gibt das Recht jedem Verwandten, der eine Verwandte aus Anlass der Eheschliessung ausgestattet hat. In Amiens wird ausser den Eltern der Verwandte genannt, dem die Ausgesteuerte nächste Erbin, in den Urteilen des Coutumiers der Picardie wenigstens der Bruder erwähnt. Die Ausdehnung über den Kreis der Ascendenten begegnet aber noch in jüngeren Coutumes, in denen es sich dabei wahrscheinlich um althergebrachtes, wenn auch örtlich beschränktes Gewohnheitsrecht handelt. Nach der Coutume von Auxerre aus dem Jahre 1561, art. 224. 242 steht das droit de retour den Ascendenten, deren Erben, den Seitenverwandten und deren Kindern zu [1]. Nach der Coutume von Cambrai aus dem Jahre 1574, I, 19 hat es jeder Verwandte hinsichtlich

[1] Coutumier général III 608. Die Artikel 224, 2; 241. 242 wurden der Coutume eingefügt de l'advis des estats. Sie waren eine Neuerung gegenüber der Coutume von 1507. Vgl. art. 113, Coutumier général III 575, wo übrigens der Text verstümmelt ist. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass man 1561 an älteres Recht wieder anknüpfte, welches sich nur in lokalen Coutumes bis in das sechzehnte Jahrhundert erhalten hatte.

des Lehens, das er einem Verwandten überlassen hatte[1]. Die Coutume von Montdidier gibt es jedermann, der einem andern aus Anlass der Eheschliessung (en faveur de mariage) ein Erbgut schenkt, und dem Erben des Gebers[2].

Vereinzelt steht im Gebiete des coutumiären Rechtes die Coutume von Blois aus dem Jahre 1523 art. 161[3]. Bei Ehen zwischen roturiers können Bräutigam und Braut sich gegenseitig ihre Fahrnis, ihr Gewinnland und die Hälfte ihres Erbgutes schenken[4]. Toutesfois si après le decez du trespassé il n'y avait enfans dudit mariage issuz d'eux deux ou les enfans decedent sans enfans, en ce cas l'heritage ainsi donné retournera au donateur ou à ses plus prochains heritiers du costé dont procedait ledict heritage. Sonach begründete die Schenkung unter Nupturienten, die dem Stande der roturiers angehörten, ein aktiv vererbliches Rückfallsrecht des Gebers. Der Rechtssatz ist sicherlich uralt. Er stimmt in überraschender Weise mit dem altwestgotischen Rechte überein, welches die Schenkungen unter Brautleuten und Ehegatten nach dem kinderlosen Tode des Beschenkten einem aktiv vererblichen droit de retour unterwirft[5].

Als Gegenstand des Wiederanfalls bezeichnen die meisten Quellen nur Erbgüter, das heisst Güter, die in der Hand des Erblassers den Charakter des Erbgutes hatten. Als solche gelten aber Liegenschaften und Bestandteile des unbeweglichen Vermögens, die der Ascendent dem Kinde schenkte, mögen sie auch in der Hand des Gebers bonum acquisitum, acquest, Gewinnland, gewesen sein. Ist mitunter schlechtweg vom Wiederanfall der Gaben des parens die Rede, so sind darunter nur die Erbgüter zu verstehen, wenn nach gemeinem Erbrechte, wie dies in der Regel der Fall war, Vater und Mutter vor den Geschwistern des Erblassers in dessen Fahrnis und Gewinnland succedierten. Die Stadtrechte des Laonnais nennen neben Liegenschaften auch die pecunia comparens, die Coutume von Guînes spricht von Geldgeschenken. Für jene kommt

[1] Coutumier général II 284.

[2] Marquis S. 401. 424 f. Mir war die Quelle nicht zugänglich. Ueber die Coutume von Valenciennes im Hennegau siehe oben S. 7.

[3] Coutumier général III 1058.

[4] Die Beschränkung auf die Hälfte war eine Neuerung. Coutumier général III 1110.

[5] Siehe unten S. 729 und oben S. 25.

dabei die Ausdehnung des Wiederanfalls auf alle Verwandten, für diese die Zurücksetzung der Eltern in der Mobiliarsuccession in Betracht.

Als wiederfällige Gabe wird entweder nur die Mitgift genannt, welche die Braut erhält oder jede Heiratsgabe, also auch jene, die der Sohn oder Enkel empfängt, oder die Vergabung an Kinder en avancement d'hoirie oder schlechtweg jede Gabe. Für die Beschränkung des droit de retour auf Heiratsgaben und Elterngaben fällt ins Gewicht, dass diese — soweit sie Liegenschaften betrafen — privilegierte Gaben waren. Die Uebereignung von Grundstücken erforderte bekanntlich bestimmte Förmlichkeiten, häufig gerichtliche Auflassung, vest et dévest. Bei Heiratsgaben und bei solchen Gaben, die auf den Erbteil hin erfolgten, war nach einem weitverbreiteten Rechtsgrundsatze keine Sollennität, keine Auflassung, keine förmliche Tradition erforderlich[1]. Deutlich tritt die privilegierte Form der Elterngabe in der Reimser Coutume von 1481 zu Tage. Nachdem diese (I, 9, § 81) betont hatte, dass für die Vergabung von Liegenschaften gerichtliche Auflassung (vest et dévest) nötig sei, fährt sie in dem folgenden Artikel fort, dass es bei donacions faictes de père et mère et parens ascendans à leurs enffans en don de mariaige ou en advancement de succession jener Förmlichkeit nicht bedürfe. Im anglonormannischen Rechte sind Heiratsgaben privilegiert, denn die Hingabe von Land zur Aussteuer (maritagium) kann ohne feoffamentum, das heisst ohne die Form der Belehnung, erfolgen, wogegen der Vater dem Sohne, der Bruder dem Bruder Land nur gegen homagium zu übertragen vermag. Flandrische Quellen heben die Formfreiheit jeglicher Heiratsgabe hervor. So heisst es in der Rechtsaufzeichnung für Gent vom Jahre 1546: houwelycke ghifte erft ipso facto den begiften, weder die judicialyck gedaen is of niet, sonder dat van noode is eenige solemniteyt van erffenisse end onterffenisse ofte andere traditie[2]. Nach dem Deelbouck des Landes der Freien von Brügge[3] (1619) gilt das für

[1] Anciennes Cout. de Laon III, 37, Cout. gén. II 446: les donataires par telz dons sont reputez vestus et saisis sans solennité de justice. Vgl. a. O. II, 39, ausserdem oben S. 695, Anm. 2 und S. 28, Anm. 2.

[2] Coutumes de Gand ed. Gheldolf I 278, XI, 5. Ebenso in den Coutumes d'Audenarde I 539.

[3] Coutumes du Franc de Bruges I 186, art. 67.

alle Grundstücke, die binnen Flandern gelegen sind, mit Ausnahme der Lehen [1].

Das droit de retour der älteren französischen Rechtsquellen erscheint entweder als ein wahres Rückfallsrecht (ius reversionis) oder als ein singuläres Erbrecht. Jenen Charakter hat insbesondere der Wiederanfall der Aussteuer im Stadtrechte von Laon und in seinen Tochterrechten und wohl auch — wenigstens ursprünglich — die Rückgabe der Aussteuer in den picardischen Quellen [2]. Selbstverständlich ist der Gedanke des Erbrechtes auch in jenen Quellen ausgeschlossen, nach welchen das droit de retour nicht nur Verwandten, sondern jedem Geber gewährt wird. Wo es dagegen auf Ascendenten beschränkt und die Gabe dem Geber nicht verfangen war, machte sich die Tendenz geltend, den Wiederanfall als eine Art des Erbgangs aufzufassen. Diese Konstruktion des droit de retour tritt uns schon im dreizehnten Jahrhundert im Rechte von Orléans und in der Praxis des Pariser Parlamentes entgegen. Ein Anlass ein solches singuläres Erbrecht an der Elterngabe hervorzuheben, hat natürlich nur soweit bestanden, als die Eltern nicht schon kraft gemeinen Erbrechtes die nächsten Erben des kinderlos verstorbenen Kindes waren. Das waren sie fast allenthalben in die Fahrnis und in das Gewinnland. Dagegen nicht in die Erbgüter, propres, ausgenommen dort, wo der Satz: paterna paternis, materna maternis, in der Weise angewendet wurde, dass alles Gut, das der Erblasser von der väterlichen Verwandtschaft mit Einschluss des Vaters erworben hatte, auf den Vater, was er von mütterlichen Verwandten mit Einschluss der Mutter erhalten hatte, auf die Mutter vererbte. Solches Ascendentenerbrecht war aber in vielen Rechten durch den Grundsatz: heritages ne remonte pas, ausgeschlossen. Neben diesem musste die Succession der Eltern in

---

[1] Nur Heiratsgaben der Eltern, nicht andre Elterngaben sind privilegiert nach Jurisprudentia frisica tit. 82, § 9. Wenn Eltern, heisst es daselbst, den Kindern eine Gabe geben, die Gabe mögen sie wieder nehmen. Ist sie aber zu einer Ehe gegeben, dann mögen sie sie nicht wieder nehmen; sondern sie soll Bestand haben. In schwedischen Rechten ist die Bestellung der Aussteuer zwar an eine bestimmte Wortform gebunden, aber, sofern sie in Land besteht, von andern Förmlichkeiten der Landgabe befreit. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I 296. Vgl. a. O. S. 265 f. 528.

[2] Aus der Verwendung des Wortes rendre darf kaum geschlossen werden, dass es sich nur um eine persönliche Forderung gegen den Witwer handle.

das von ihnen herrührende Gut als ein singuläres Erbrecht erscheinen.

Schon aus Beaumanoirs Darstellung lässt sich folgern, dass zu seiner Zeit sich eine Ansicht geltend machte, welche in Konsequenz jenes Grundsatzes die Eltern auch von den propres ausschloss, die der Erblasser durch Elterngabe empfangen hatte. Im Laufe des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts hat diese Meinung sichtlich an Boden gewonnen, so dass es ihr hie und da gelang das droit de retour zu beseitigen, wo es vormals nachweislich vorhanden gewesen war. Nichtsdestoweniger hat es sich in einzelnen Landschafts- und Ortsrechten erhalten und zu Ende des fünfzehnten, zu Anfang des sechzehnten Jahrhunderts in verschiedene offiziell redigierte Coutumes Aufnahme gefunden. Ein indirektes Zeugnis für örtliches Fortleben des droit de retour bildet die Thatsache, dass einzelne Quellen sich durch den Gegensatz gegen das anderwärts geltende Recht oder durch das Vorhandensein entgegengesetzter Ansichten veranlasst sahen das droit de retour der Eltern ausdrücklich zu verneinen[1]. Im sechzehnten Jahrhundert räumte Dumoulin den Stein des Anstosses hinweg, indem er den Satz: les propres ne remontent point, auf die Bedeutung der Regel: paterna paternis, materna maternis, reduzierte, letztere so verstanden, dass sie die Ascendentenerbfolge zuliess. Damit war dem Wiederaufleben des droit de retour Thür und Thor geöffnet. Das

[1] Usaiges, stilles et communes observances d'Anjou et du Maine (saec. XV) § 133 bei Bautemps-Beaupré IV 203: et ne retourne point au pere ou mere le don fait à leurs enfans en mariage sans reservacion; mes vendra à la ligne descendant. Die Coutumes von Maine und Anjou aus dem Jahre 1508 geben den Eltern wenigstens den Niessbrauch an den von ihnen geschenkten Liegenschaften des kinderlos verstorbenen Kindes, während das Eigentum den Kollateralen zufällt. Marquis S. 362. — Coutume von Melun in der Champagne v. J. 1506, art. 101, Cout. général III 420: s'aucun heritage est donné par le pere ou mere en mariage à un enfant, iceluy don est reputé propre audit enfant et ne doit retourner ausditz pere et mere après le decès de l'enfant mort sans hoir, s'il n'est dit par exprès au traité de mariage et descendra tel heritage aux plus prochains du dit enfant deffunct. — Im Gegensatz gegen das römische Recht negiert für das Recht der Auvergne die Restitution der dos profecticia Masuer, Practica forensis XIV (de dote) § 14, quia transit ad haeredes collaterales. Vgl. XXXII (de successionibus) § 8: de consuetudine pater et mater non succedunt liberis ab intestato . . . imo deficientibus haeredibus in recta linea et transversali bona pertinent ad fiscum, quod est mirabile et potissime in patre.

römische Recht hat diese Entwickelung nur mittelbar beeinflusst, nämlich nur insofern, als die Anhänger des droit de retour sich zu dessen Gunsten auf Stellen des corpus iuris civilis glaubten berufen zu können.

4. Die normannischen Rechte.

Im Gebiete des normannischen Rechtes und seiner Tochterrechte weisen die anglonormannischen Rechtsquellen die ältesten Zeugnisse eines Wiederanfallsrechtes auf [1].

Nach Glanvillas Traktat (1187—1189) fallen die Liegenschaften, welche die Frau als Aussteuer, maritagium, in die kinderlos gebliebene Ehe eingebracht hatte, mit ihrem Tode an den Geber oder dessen Erben zurück [2]. Falls aber in der Ehe ein lebensfähiges und erbfähiges Kind geboren worden war, dann bleibt das maritagium dem Manne nach dem Tode der Frau für Lebenszeit, mag nun das Kind die Auflösung der Ehe überlebt haben oder nicht. Dieses Recht des Mannes hiess consuetudo regni, lex Angliae, ley de Engleterre, lex terrae, courtesy of England, in Schottland curialitas Scotiae [3]. Stirbt dann der Mann, ohne dass ihn Kinder

[1] Vgl. Phillips, Englische Rechtsgeschichte II 184. 211. Reeves ed. Finlason, History of the english Law I 171 ff. Blackstone, Comm. II 126 ff. Gundermann, Englisches Privatrecht S. 167 f.

[2] tunc statim post mortem uxoris ad donatorem vel heredes eius revertitur maritagium. Glanvilla VII, 18, 3. Vgl. Bracton f. 438, Bractons Note Book nr. 1071, Regiam Maiestatem 57. 58, Select civil pleas nr. 184.

[3] Mirrour aux justices cap. 1, sect. 3 führt sie auf Heinrich I. zurück. Siehe ferner Littleton 17—20. 52. 138. Irrtümlich wurde die courtesy of England daraus erklärt, dass solches Recht nur in England existiere. Sie stammt aus der Normandie. Ambroise Colin, Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie, Nouv. Revue histor. de droit 1892, S. 465. Ebenso hat nach zahlreichen französischen Coutumes, z. B. in der Vicomté von Paris, in Orléans, Anjou, Touraine und Poitou, der Witwer den lebenslänglichen Genuss des Gutes, das bei der Trauung an der Kirchenthüre der Frau in die Ehe gegeben worden war, wenn sie als Jungfer geheiratet und in der Ehe ein erbfähiges Kind geboren hatte. Établissements de Saint Louis I, 13. Bouteiller I, 45. Livre des droiz et des commandemens § 415. Auch das französische Recht des Orients kennt das „ius viduitatis". Viollet, Histoire du droit civil français S. 808. Ueber die Picardie siehe oben S. 697. Coutume von Charroux, Charte von 1247, § 13 bei Giraud, Essai II 402. Coutume von Limoges art. 76, Coutumier général IV 1158. Dass mit der Geburt eines Kindes eine Veränderung in den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten eintritt, ist ein weitverbreiteter, in hohes Altertum zurückreichender

aus der ausgesteuerten Ehe überleben, so fällt das maritagium an den Geber, beziehungsweise an dessen Erben zurück. Wird die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst, so behält die Witwe das maritagium für Lebenszeit, mag sie in der Ehe ein Kind geboren haben oder nicht. Stirbt aber die Witwe, ohne Kinder zu hinterlassen, so tritt der Rückfall an den Geber oder dessen Erben ein. Dieser greift auch Platz, wenn die der Ehe entsprossene Nachkommenschaft in das Gut gefolgt war und ausstirbt[1].

Der Wiederanfall des Gutes ist ausgeschlossen, wenn das maritagium als ein Lehen des Gebers konstituiert worden war, d. h. wenn der Geber sich dafür das homagium hatte leisten lassen. Das maritagium kann dann weder an den Lehnsherrn noch an den Erben seiner Lehnsherrlichkeit zurückkehren. Der Grund liegt darin, dass man den Wiederanfall in etwas gewaltsamer Weise als Erbgang auffasste. Dem Erbgange des Lehnsherrn stand nämlich der Grundsatz entgegen: secundum ius regni nemo eiusdem tenementi simul potest esse heres et dominus. Der Lehnsherr kann niemals erben, was von ihm zu Lehen geht; er folgt in das Lehen nur pro defectu heredum.

Dass auch nach dem Rechte der Normandie das erledigte maritagium ursprünglich an den Geber zurückfiel, ergibt ein Urteil des normannischen Échiquier vom Jahre 1234[2]: iudicatum est, quod terra donata in maritagio, de quo hominagium non est retentum, ad heredes donatoris non potest reverti, si forifacta fuerit. Durch Missethat verwirktes Gut fällt an den Fiskus oder, wenn es Lehen ist, an den unmittelbaren Lehnsherrn. Hat sich also der Geber bei Bestellung des maritagium die Mannschaft vorbehalten, so zieht er das verwirkte Gut als Lehnsherr ein[3]. Andernfalls nimmt es der Fiskus. Aus der Norm, dass das Konfiskationsrecht dem Rückfalle an die Erben des Gebers im Wege steht, lässt sich der Rechtssatz folgern, dass nicht verwirktes maritagium, wenn es durch den Tod der Frau oder des in das ius viduitatis eingetretenen Mannes oder des in der Ehe erzeugten Kindes erledigt

---

Grundsatz des germanischen Rechtes, der eine zusammenfassende Darstellung verdienen und lohnen würde.

[1] Bracton fol. 438b.

[2] Delisle, Recueil de jugements de l'Échiquier de Normandie nr. 537.

[3] Vgl. das Urteil v. J. 1289 bei Warnkönig, Franz. Staats- und Rechtsgeschichte II, UB. S. 133.

wird, an den Geber oder dessen Erben zurückfällt. Noch im Laufe des dreizehnten Jahrhunderts ist dieses Rückfallsrecht in der Normandie erloschen. Denn die Somma de legibus Normanniae lässt das durch den Tod des Mannes frei gewordene maritagium an die nächsten Erben der Frau gelangen[1].

Die dos des anglonormannischen Rechtes, ungefähr das Seitenstück der römischen donatio propter nuptias, wird stets von dem Ehemanne bestellt. Allerdings kann er sie aus dem Vermögen seines parens[2] mit dessen Zustimmung bestellen. Allein auch dann erscheint der Mann als der eigentliche Geber. Daher ist im anglonormannischen Rechte kein Raum für ein droit de retour eines Ascendenten des Mannes oder eines Dritten, soweit die dos in Frage steht[3]. Anders nach normannischem Rechte[4]. Stirbt die Witwe, so kehren die Dotalgüter an jene zurück, ad ipsos debent redire, in quorum possessione capta fuerunt[5]. Das sind aber nicht notwendig die nächsten Erben des verstorbenen Mannes. Soll auf eine Revokationsklage hin festgestellt werden, wem die erledigte dos gebührt, so dreht sich die inquisitio de dote um die Frage: utrum requirens propinquior sit heres illius, de cuius possessione dotalitium fuit factum. Daraus folgt, dass unter Umständen die erledigte dos revocieren kann, wer zwar nicht nächster Erbe des verstorbenen Mannes, wohl aber nächster Erbe desjenigen ist, aus dessen Vermögen die dos bestellt worden war.

Bei Landschenkungen des Vaters an den Sohn ist nach anglonormannischem Rechte der Rückfall an den Vater ausgeschlossen. Glanvilla setzt VII, 1, § 9 den Fall, dass der Vater einem seiner Söhne bei Lebzeiten einen Teil seines Besitztums abtritt und der Sohn vor dem Vater und seinen Brüdern stirbt. Wer soll, fragt Glanvilla, das Erbe nehmen, der Vater oder der Bruder? Die

---

[1] Grand Coutumier de Normandie ch. 119 des französischen, c. 121 des lateinischen Textes der Ausgabe von 1523.

[2] des Vaters oder der Mutter oder alicuius parentis nach Bractons Note Book nr. 265. Doch wird es a. O. nr. 972 als inauditum bezeichnet, quod aliquis frater concesserit fratri suo terram ad uxorem dotandam.

[3] Stirbt die Frau vor dem Manne, so lukriert dieser die dos. Bracton f. 92b. Ueberlebt sie ihn, so geniesst sie die dos für Lebenszeit. Nach ihrem Tode fällt die dos an die Erben des Mannes.

[4] Vgl. H. Brunner, Entstehung der Schwurgerichte S. 341 f.

[5] Somma de legibus Normanniae c. 120.

Thatsache, dass die Frage überhaupt aufgeworfen werden konnte, setzt den Gedanken des droit de retour voraus. Denn nach normannischem Rechte, welches eine Ascendentenfolge in Grundbesitz kennt, geht der Bruder des Erblassers dem Vater vor. Eine Abweichung von diesem Rechtssatze hätte nur darin beruhen können, dass das Gut dem Erblasser durch Gabe des Vaters zugekommen war und deshalb an ihn zurückfiel. Solcher Rückfall war aber in England aus lehnrechtlichem Grunde ausgeschlossen. In England hatte nur der König Allod. Aller Grundbesitz der Unterthanen stand im Lehnsnexus. Eine Vergabung von Land konnte, so lange das Lehen für unveräusserlich galt, nur im Wege der Afterleihe stattfinden. Da die Landgabe des Vaters an den Sohn nicht wie die Aussteuer der Tochter eine hinsichtlich der Form privilegierte Gabe war, so musste der Vater durch sie Lehnsherr des Sohnes werden. Dem Wiederanfall der Landgabe stand aber, weil man ihn unter den Gesichtspunkt des Erbrechtes brachte, der Satz im Wege: nemo eiusdem tenementi simul potest esse heres et dominus [1]. Dasselbe galt von Landschenkungen des Bruders an den Bruder. Die ganze Argumentation der anglonormannischen Jurisprudenz fusst auf der Voraussetzung, dass ein erbrechtliches droit de retour des Vaters an der Landgabe bestünde, wenn eine solche möglich wäre, ohne den Vater zum Lehnsherrn des Sohnes zu machen.

Damit stimmt es überein, dass das ältere normannische Recht den Wiederanfall an den Geber mindestens bei Vergabungen unter Seitenverwandten nur in bedingter Weise ausschliesst, nämlich nur dann, wenn die Gabe gegen homagium erfolgt war. Nach der très ancienne Coutume de Normandie ch. 34 soll das Gut, das der Bruder dem Bruder, die Schwester der Schwester, der Vetter dem Vetter gegen homagium gegeben hatte, bei kinderlosem Tode des Beschenkten nicht an den Herrn gelangen, mes à prochiens paranz ou cosins [2]. Bei mangelndem homagium scheint sonach der Geber das Gut wiedererhalten zu haben, und zwar auch dann, wenn er nicht der nächste Erbe des Verstorbenen war [3].

---

[1] H. Brunner, Das anglonormannische Erbfolgesystem 1869, S. 23 ff.

[2] Le très ancien Coutumier de Normandie ed. Tardif S. 28.

[3] Nicht entscheidend ist eine Stelle der Assise des Grafen Geffroy der Bretagne v. J. 1187 (ed. Planiol, Nouvelle Revue historique de droit français 1887, S. 121). Sie bestimmt, dass das Land, das der ältere Bruder dem

Normannischen Ursprungs ist das Rückfallsrecht an der dos, welches uns in den mittelalterlichen Stadtrechten Siziliens begegnet. Die sizilische dos entspricht dem normannischen maritagium. Von der römischen dos unterscheidet sie sich unter anderm dadurch, dass sie die sämtlichen Illata der Frau in sich schliesst. Das Schicksal der dos ist ein verschiedenes, je nachdem die dotierte Frau in der Ehe ein lebendiges Kind geboren hatte oder nicht. Mit der Geburt eines Kindes stirbt die dos, weil dadurch zwischen den Ehegatten einerseits, zwischen diesen und den Kindern andrerseits eine Gütergemeinschaft entsteht, in welche die dos aufgeht [1]. War dagegen die Ehe während ihrer ganzen Dauer kinderlos geblieben, so fällt nach dem Tode der Frau die in Liegenschaften bestellte dos an den dotator, beziehungsweise an dessen Erben zurück, gerade so, als wäre bei der Bestellung der dos der Rückfall ausdrücklich stipuliert worden.

Stadtrecht von Catania vom Jahre 1345, c. 14: post mortem uxoris matrimonio soluto, ex quo liberi non fuerunt procreati, . . . si ab alio dotata fuerit de bonis ipsius dotatoris, ad dotatores vel ad successores eorum dos ipsa revertatur, ac si fuissent sollenniter stipulati [2].

Messina c. 12: Uxore praemortua . . dos ad dotantem revertitur [3].

Der Rückfall der sizilischen dos ist gleichen Ursprungs wie der Rückfall des anglonormannischen maritagium. Er geht auf älteres normannisches Recht zurück, welches die Normannen nach Sizilien gebracht haben. Dass der Rückfall als Wirkung einer stillschweigenden Stipulation behandelt wird, dürfte dem ursprünglichen Gedanken der ganzen Einrichtung näher liegen, als die

---

jüngeren ohne Mannschaft übergeben hatte, nach dem kinderlosen Tode des Beschenkten, an den Geber zurückfalle (revertetur). Der ältere Bruder scheint hier das geschenkte Gut als nächster Erbe zu nehmen.

[1] Von Brünneck, Siciliens mittelalterliche Stadtrechte 1881, II 6.

[2] A. O. I 110.

[3] A. O. I 84. Der Inhalt des Stadtrechts von Messina geht wohl z. T. noch in die vorstaufische Zeit zurück. Vgl. noch Patti v. J. 1312, c. 66, a. O. I 211, Lipari aus der ersten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts c. 16, I 219, Girgenti v. J. 1319, c. 7, I 226, Palermo c. 43, I 31. Der Kern des Stadtrechts von Palermo reicht in das zwölfte und dreizehnte Jahrhundert hinauf.

theoretische Einzwängung des Wiederanfalls in das System des Erbrechtes, wie sie uns bereits bei Glanvilla begegnete [1].

Die sizilischen Stadtrechte kennen ausserdem ein Rückerbrecht des Vaters und der Mutter in Liegenschaften, die von ihnen an die Kinder gelangt waren, wenn diese nach dem Tode eines Elternteiles in minderjährigem Alter oder ohne Testament sämtlich versterben [2].

5. Südfrankreich, Aragon, Navarra.

Die älteren Coutumes des südlichen Frankreich weisen auf einen Rechtszustand hin, welchem das droit de retour unbekannt war. Denn es fehlt nicht nur an Belägen für ein solches in den älteren Quellen, sondern wir haben auch bestimmte Zeugnisse, dass der Anspruch des Ascendenten und Gebers dem Rechte des überlebenden Ehegatten oder des nächsten Erben weichen musste [3].

Um so bezeichnender ist es, dass seit dem vierzehnten Jahrhundert in Südfrankreich und ebenso in den benachbarten spanischen Landschaften, nämlich in Aragon, später auch in Navarra, Satzungen auftauchen, durch welche in bewusster Abänderung des früher geltenden Rechtes ein droit de retour geschaffen wurde.

Eine Coutume von Bayonne aus dem dreizehnten Jahrhundert [4] schliesst in Art. 84 den Vater und die Mutter von der Nachfolge in das Gut des Kindes aus, das diesem nach dem Tode eines Elternteiles zugefallen war, per so quo tot jorn ba en auantz et non pas en arrer.

---

[1] Anhangsweise sei hier noch auf den Rückfall der dos und des in Verwaltung des Mannes stehenden Frauengutes im Statut von Cagliari auf Sardinien vom Jahre 1215, II, 2 hingewiesen: et dessas muzeras, qui moriu sensa testamentu et sensa fizos, sa dote issoro et issos alteros benes datos ad su maritu ad modo sordiscu ad ecussos, qui la dotarun et los derun, torren. Die dos und andres nach sardinischem Brauch dem Manne gegebenes Frauengut fallen, wenn die Frau ohne Testament und ohne Nachkommen stirbt, an jene zurück, die sie dotiert und das Gut gegeben hatten.

[2] Siehe von Brünneck II 75 f.

[3] Marquis a. O. S. 199 f., der freilich darin nur Ausnahmen erblickt. Siehe u. a. noch Coutume de Puymirol art. 37, Nouvelle Revue historique de droit 1887, S. 324: la onors que seria donada .. en maridatge .. deu tornar a aquel o aquela que plus pres per successio .. i devria eretar.

[4] Bei Jules Balasque, Études historiques sur la ville de Bayonne II (1869) S. 594 ff.

Aus dem Jahre 1336 stammt eine Satzung des Maires und der Geschworenen von Bayonne[1], welche das geltende Erbrecht mit Rücksicht auf die grossen Unzuträglichkeiten, die sich daraus ergeben hatten, in einzelnen Punkten modifizierte.

Wenn Vater oder Mutter oder irgend ein andrer dem Sohne oder der Tochter oder einem andern aus Anlass der Verheiratung Erbgut geben oder anweisen[2], so soll es nach dem Tode des Ausgesteuerten bei unbeerbter Ehe[3] dem wieder anfallen, der es gegeben oder angewiesen hatte. Hinterlässt der ausgesteuerte Ehegatte ein aus der Ehe stammendes Kind, so folgt dieses in das gedachte Gut. Falls es aber kinderlos bei Lebzeiten des Gebers stirbt, so kehrt das Gut an diesen zurück. Dagegen tritt der Rückfall der in Geld oder Fahrnis bestellten Aussteuer nur dann ein, falls in der Ehe ein lebendiges Kind nicht geboren worden war[4]. Wenn der Besteller einer beweglichen Aussteuer vor dem Ausgesteuerten stirbt, so kann dieser von nun ab darüber als über sein freies Eigentum unter Lebenden und von Todes wegen verfügen. Endlich werden ganz allgemein Vater und Mutter für die nächsten Erben der Kinder und Enkel (prims torners e successors) erklärt, wenn diese kinderlos und ohne letztwillige Verfügung versterben. Und zwar erben jene so, dass das Erbgut auf die Seite fällt, von der es herstammt, während der übrige Nachlass zu gleichen Hälften geteilt wird.

Die homologierte Coutume von Bayonne vom Jahre 1514[5], titre IX, 2 ff., unterscheidet zunächst, ob in der Ehe ein lebendiges Kind zur Welt gekommen ist oder nicht. War die Ehe kinderlos geblieben, so wird weiter unterschieden, ob der Geber der dos oder donatio propter nuptias Elternteil oder präsumtiver Erblasser des ausgestatteten Ehegatten, oder aber ob er ein andrer, ein estranger, war.

Die Heiratsgabe desjenigen, von dem man Erbe nimmt, fällt

---

[1] Bei Balasque a. O. III 564 ff.

[2] Auf ihr unbewegliches Gut, das dafür haftet.

[3] chetz enfant que no armancós viu d'aquet mariadge.

[4] War in der Ehe ein Kind geboren worden, mag es nun die Auflösung der Ehe überlebt haben oder nicht, so waren damit die Wirkungen einer Gütergemeinschaft unter den Ehegatten eingetreten. Coutume von Bayonne (des dreizehnten Jahrhunderts) art. 63. 81.

[5] Coutumier général IV 952.

bei kinderlos gebliebener Ehe an den Geber zurück, wenn er den Tod des von ihm ausgesteuerten Ehegatten überlebt. Ist er nicht mehr am Leben, so hat sein nächster Erbe[1] das Rückfallsrecht. Das Rückfallsrecht, welches dem Erben des Gebers zusteht, hat aber verschiedene Wirkung bei Erbgütern und bei anderm Gute. Das Erbgut bleibt wie dem Geber, so auch dessen Erben verfangen, so dass der damit ausgestattete Ehegatte es weder veräussern noch von Todes wegen darüber verfügen darf[2], während die Fahrhabe und das Gewinnland nach dem Tode des Gebers von der Verfangenschaft frei sind[3]. Rührt die Gabe von einem extraneus her, so hat dieser kein Rückfallsrecht, er müsste es denn ausdrücklich vorbehalten haben.

Ist der ausgesteuerte Ehegatte gestorben, nachdem in der Ehe ein Kind geboren worden war, so ist der Rückfall an den Geber und dessen Erben auch bei unbeerbter Ehe durch das Recht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen[4].

Demnach gab es in Bayonne seit dem vierzehnten Jahrhundert ein droit de retour. Dass es activ vererblich war, hebt die Coutume von 1514 ausdrücklich hervor. Für das Statut vom Jahre 1336 ist die aktive Vererblichkeit daraus zu erschliessen, dass nach dem Tode des Gebers die Verfangenschaft nur bei Fahrhabe und Geld endigt, bei Erbgut bestehen bleibt. Eigentümlich ist dem Rechte von Bayonne, dass das Wiederanfallsrecht hinsichtlich der Mobilien auf Seite des Gebers ein wahres Rückfallsrecht, auf Seite seiner Erben ein singuläres Erbrecht ist[5].

Im Rechte von Bayonne erinnert manches an das anglonormannische und an das sizilische Recht. So die Bedeutung der Geburt eines lebendigen Kindes. So der Rückfall der dem nor-

---

[1] Cout. de Bayonne IX, 3. 5.

[2] Ausgenommen den Fall echter Not.

[3] Hat der ausgesteuerte Ehegatte nicht darüber verfügt, so nehmen das durch seinen Tod erledigte Gut die Erben des Gebers nach Abzug der Schulden.

[4] Cout. de Bayonne IX 12: le conjoint survivant gaigne le dot ou donation pour nopces apporté, posé ores, que l'enfant né vif fust incontinent decedé. Wenn der Ehegatte, der die Aussteuer einbrachte, länger lebt, so hat er bei unbeerbter Ehe den lebenslänglichen Nutzgenuss der unbeweglichen Güter des Verstorbenen, welche dieser zur Sicherstellung der beweglichen Aussteuer angewiesen hatte, kann aber diese Aussteuer nicht verlangen.

[5] Die passive Vererblichkeit bezeugt nur die Satzung von 1336. Ueber die Coutume von 1514 siehe oben Anm. 4.

mannischen maritagium entsprechenden dos. Jahrhunderte hindurch hat Bayonne unter der Herrschaft der anglonormannischen Könige gestanden, die zugleich Herzoge von Aquitanien waren. Fast möchte es scheinen, als ob das Rückfallsrecht mit Verfangenschaft in Bayonne unter normannischem Einfluss entstanden wäre[1].

Im Jahre 1368 bestätigte Prinz Eduard von Aquitanien, der Sohn Eduards III. von England, eine zwischen dem Herrn und den Konsuln von Bragerac vereinbarte Willkür (accordatum) über das Recht von Bragerac, die ihm in einer Notariatsurkunde von 1327 vorgelegt worden war[2]. Nach Art. 56 dieses Accordatum soll die Mitgift (dos), die einer Frau von ihrem Vater oder von irgend einem anderen bestellt worden war, soweit sie in Liegenschaften besteht, an den Besteller zurückfallen, wenn jene kinderlos verstirbt[3].

Eine Konstitution König Johanns vom Jahr 1350 für die Einwohner von Villeneuve bei Avignon gibt dem Manne den lebenslänglichen Niessbrauch der dos, die aber nach seinem Tode an den Besteller oder dessen Erben zu restituieren ist[4].

Im sechzehnten Jahrhundert wenden sämtliche Parlamente des Südens das droit de retour an. Das Parlament von Toulouse gibt es nicht nur den väterlichen und mütterlichen Ascendenten, sondern auch den Geschwistern und den Elterngeschwistern[5].

Durch eine Satzung vom Jahre 1311 wurde das Wiederanfallsrecht in Aragon eingeführt[6]. Nach dem früher geltenden Rechte waren die Güter, welche die Eltern den Kindern zugewendet hatten, wenn diese kinderlos verstarben, an die Geschwister und andre

---

[1] Solcher Einfluss ist oben S. 440 auch hinsichtlich des Atornats der Coutume von Bayonne für wahrscheinlich erklärt worden.

[2] Das Stück findet sich auch, wie Bourdot de Richebourg Cout. général IV 1005 bemerkt, in einem Vidimus v. J. 1334.

[3] Coutumier général IV 1021: item si quis dotaverit filiam vel mulierem tam in pecunia quam in hereditate et dicta mulier praemoriatur viro suo sine liberis et dotem recuperavit in toto vel in parte, dos quae soluta est vel in re mobili lucrata remanet penes virum, haereditas vero redit ad illum, qui eam dotem promisit. Si vero mulier decedat relictis liberis, illi liberi succedunt haeredes dictae matri suae tam in mobilibus quam non mobilibus.

[4] Marquis S. 199.

[5] Marquis S. 219.

[6] Fueros de Aragon fol. 128 citiert bei Loisel, Institutes coutumières I 336.

Seitenverwandte des Erblassers gelangt, so dass die Eltern von der Nachfolge ausgeschlossen waren. Das wird nun dahin geändert, dass das geschenkte Gut, mag nun die Gabe aus Anlass der Verheiratung der Kinder oder aus andrem Anlass erfolgt sein, an Vater oder Mutter, von denen sie herrührt, zurückfallen soll, vorausgesetzt, dass der Erblasser ohne Descendenten und ohne letztwillige Verfügung gestorben ist. Dasselbe soll gelten, wenn die Gabe von dem Beschenkten auf dessen Descendenten gekommen und dieser kinderlos und ohne Testament verstorben war[1]. Im Jahre 1461 wurde der Wiederanfall auf solche Güter ausgedehnt, welche Eltern an ihre Kinder, Geschwister an Geschwister veräussert hatten, da hinsichtlich veräusserten Erbgutes die Besonderheit gegolten hatte, dass der Veräusserer es nach dem Tode des Erwerbers nicht erben könne[2]. Das aragonische Wiederanfallsrecht ist ein Erbrecht; das Recht des Beschenkten ist frei von Verfangenschaft. Der Wiederanfall tritt nur ein in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung, wie das bei Schenkungen unter Brautleuten und Ehegatten schon nach westgotischem Rechte der Fall gewesen war.

In Navarra haben Satzungen aus den Jahren 1583, 1596 und 1614 ein Wiederanfallsrecht der Ascendenten eingeführt und geregelt, und zwar im Sinne eines singulären Erbrechtes[3].

6. Flandern, Brabant und Friesland.

In Flandern wissen weitaus die meisten älteren Quellen nichts von besonderen Rechtssätzen über den Wiederanfall der Elterngabe. Hinsichtlich des elterlichen Erbrechtes unterscheiden sie, ob das elterliche Bett zur Zeit des Erbfalles geschieden ist oder nicht. Ist das Bett ungeschieden, ungebrochen, das heisst, sind beide Elternteile als Eheleute noch am Leben, so fällt das gesamte Vermögen des abgeschichteten und ohne Descendenten versterbenden Kindes an die Eltern, ohne dass dabei in Betracht käme, ob der

[1] Marichalar y Manrique, Storia de la legislacion y recitaciones del derecho civil de España V (1862) 77.

[2] Fueros de Aragon fol. 128. Ficker, Erbenfolge II 87.

[3] Marichalar y Manrique IV 320 ff. Da mir die spanischen Quellen nicht zugänglich waren, musste ich aus zweiter Hand schöpfen. Auf das droit de retour in Navarra hat mich Ficker aufmerksam gemacht.

Nachlass des Kindes von den Eltern herstammt oder nicht [1]. Dagegen succedieren die Grosseltern, welche in geheelen bedde sitzen, nach der Genter Coutume vom Jahre 1563, wenn sie mit Geschwistern des Erblassers konkurrieren, nur in das Gut ghecommen van haerlieder troncken ende zyden, d. h. in das Stamm und Seite haltende Gut, wogegen Fahrnis und Gewinnland den Geschwistern zu teil wird.

Ist ein Elternteil gestorben, so erhält nach zahlreichen Rechten der Ueberlebende nur die Hälfte vom Nachlass des versterbenden Kindes, während die andre Hälfte an des Erblassers Geschwister oder fernere Verwandte von der Seite des verstorbenen Elternteils gelangt [2]. Einzelne Quellen schränken das Recht des überlebenden parens noch weiter ein, wohl mit Rücksicht darauf, dass nach Auflösung der elterlichen Ehe das darin vereinigte Vermögen von dem Ueberlebenden mit den Kindern abgeteilt worden ist. Ausdrücklich versagt das Genter Recht von 1546 zu Gunsten der Kollateralen dem überlebenden Elternteil nicht nur das Erbrecht in den Nachlass des Kindes, sondern auch den Rückfall der von jenem stammenden Heiratsgabe, es wäre denn, dass die Gabe gethan wurde op conditien van retoure [3]. Nach dem Deelbouck des Landes der Freien von Brügge aus dem Jahre 1521 fallen nach dem Tode

[1] Keure für Saint Omer v. J. 1128, § 4 bei Warnkönig, Flandr. St. u. RG. I, UB. nr. 10, S. 31. Keure des Landes Waes v. J. 1241, c. 43, a. O. II, 2, UB. nr. 220, S. 183. Rechtsaufzeichnung für Gent v. J. 1250 in den Coutumes de Gand ed. Gheldolf I 404 und bei Warnkönig a. O. II, 1, UB. nr. 30, S. 54. Deelbouck des Landes der Freien von Brügge v. J. 1521, c. 12, Coutumes du Franc de Bruges I 740. Coutume d'Ardenbourg v. J. 1681 rubr. 16 in den Coutumes des petites villes du quartier de Bruges I 396. — Ebenso u. a. in Mecheln, Coutumes de Maline ed. De Longé v. J. 1535, 16, 6, S. 126.

[2] So nach den Rechten von Saint Omer, des Landes Waes und nach der Genter Rechtsaufzeichnung v. J. 1250: so soude d'een heleft van de versterveneseen keren weder up den ghenen, diere levede.

[3] Cout. de Gand. rubr. 11, 6, I 278. Vgl. rubr. 22, 14, I 372. Noch ein Genter Urteil von 1369, Cout. de Gand I 542 hatte trotz erfolgter Abteilung das Recht des Grossvaters hinsichtlich der von ihm seiner Tochter gegebenen Aussteuer bei Beerbung der von dieser Tochter stammenden Enkelin anerkannt. Ein Genter Urteil von 1466, Coutumes d'Alost, Quartier de Gand III 359 schliesst den überlebenden parens, der mit dem Kinde abgeteilt hatte, von dessen Erbschaft aus, weil das darin befindliche Gut von der Seite des vorverstorbenen Elternteils gekommen sei.

des Kindes die von dem überlebenden parens herrührenden Liegenschaften nicht an ihn zurück, solange noch andre Descendenz dieses parens vorhanden ist. Von der Fahrnis schliessen ihn vollbürtige Geschwister des Erblassers vollständig, Neffen und Nichten desselben zur Hälfte aus[1].

Seit der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts wurde die Zurücksetzung des überlebenden Elternteils gemildert. Die Genter Coutume vom Jahre 1563 unterscheidet zwischen Erbgütern und andrem Vermögen. Erfachtighe goedinghen, die von ihm herrühren, sollen auf den überlebenden Elternteil wederkeeren[2]. Fahrnis und Gewinnland teilt er zur Hälfte mit den Seitenverwandten des ohne Nachkommen verstorbenen Kindes.

Im Gegensatz zur Mehrzahl der flandrischen Rechtsdenkmäler zeigen uns einzelne Quellen Brabants und angrenzender flandrischer Rechtsgebiete von alters her ein ausgesprochenes droit de retour.

In dem von Antwerpen durch die Schelde getrennten Lande der vier Aemter (Assenede, Bochout, Hulst und Axel) galt nach einer Keure vom Jahre 1242, c. 61 der Rechtssatz: Si pater et mater filium vel filiam nuptui tradiderunt et sine herede de carne sua decesserint, omnia tam mobilia quam immobilia, quae pater et mater ipsis contulerant, excepto feodo, ad patrem et matrem, si supervixerint, devolvantur[3].

Ein elterliches droit de retour an der Heiratsgabe finden wir auch in einer Zusammenstellung älterer Keuren der Stadt Antwerpen, welche uns in einer Handschrift vom Anfange des vierzehnten Jahrhunderts überliefert ist. Was Vater oder Mutter dem Kinde to huweleke gegeben haben oder der Werth der Heiratsgabe (ocht also vele) soll, wenn das Kind ohne Leibeserben stirbt,

---

[1] Coutumes du Franc de Bruges, Deelbouck c. 13. 28, I 742. 756. — Vgl. Cout. von Mecheln ed. De Longé 16, 7, S. 126, nach welchen Geschwister des Erblassers dessen überlebenden parens völlig ausschliessen.

[2] Cout. de Gand 36, 14, I 154. Ebenso in der Coutume d'Alost v. J. 1618, 20, 32, Cout. de Gand III 118.

[3] Warnkönig a. O. II, 2, UB. nr. 222, S. 196. Die Keure der vier Aemter stimmt in einzelnen Artikeln fast wörtlich mit der Keure des Landes Waes v. J. 1241 überein. Um so bezeichnender ist die Abweichung des Art. 61 der Keure der vier Aemter von Art. 43 der Keure von Waes. Hier heisst es nämlich: bona praedictorum (filii vel filiae) ad patrem et matrem, si vixerint, integre revertantur.

weder comen op vader ende op moeder, falls das Gut oder dessen Wert im Nachlasse vorhanden ist (op dat daer es)[1]. Denselben Rechtssatz enthalten die Antwerpener Costumen vom Jahre 1545 (die sogenannten Antiquissimae), indem sie als anfallberechtigte Geber ausser den Eltern auch die Grosseltern nennen. Das Recht des Wiederanfalls ist passiv vererblich. Er greift nämlich auch Platz, wenn die Descendenten des ausgesteuerten Kindes ohne Nachkommenschaft sterben, nachdem sie in dessen Gut gefolgt waren[2]. Die Antwerpener Compilatae von 1608 fügen ausdrücklich hinzu, dass „der Wiederanfall nur eintrete, so weit Kind oder Enkel über das Gut nicht letztwillig verfügt haben"[3]. Da nach dem Rechte von Antwerpen Vater und Mutter vom Erbe ihres Kindes durch dessen Geschwister und deren Nachkommen ausgeschlossen waren[4], hatte für sie der Wiederanfall der Heiratsgabe wesentlichen praktischen Werth.

Mit geringen Aenderungen sind die Grundsätze des Rechtes von Antwerpen aus dessen Costumen in das Landrecht des Oberquartiers von Geldern aus dem Jahre 1619 übergegangen. Als wiederfälliges Gut wird hier ausser der Heiratsgabe auch andre Elterngabe genannt. Während die Antwerpener Costumen von einem wedercomen oder wederkeeren des Gutes sprechen, heisst es im Geldernschen Landrecht: soo valt ende erft alsulck goet op die alders, die dat gegeven hebben ende niet op die broeders ofte susters[5].

Das Recht von Antwerpen kennt ausserdem einen Rückfall der dem unehelichen Kinde zugewendeten Heiratsgabe. Das Vermögen des Bastards fällt nämlich an den Herrn mit Ausnahme der Heiratsgabe oder ihres Wertersatzes, soweit sie ihm von Vater, Mutter oder Verwandten gegeben worden war. Denn diese gelangt an den Geber oder, wenn er nicht mehr lebt, an dessen

[1] Coerboeck von Antwerpen § 180, Coutumes d'Anvers ed. De Longé I 64.

[2] Antiquissimae Titel 11, § 12, Coutumes d'Anvers ed. De Longé I 308. Der Rückfall soll eintreten, auch wenn er nicht vorbehalten worden war, al en waere dat inder huwelycker vorwaerden alsoe nyet gecaveert geweest.

[3] Compilatae, dritter Teil, Titel 14, § 6, Cout. d'Anvers III 552.

[4] Antiquissimae 13, 59, I 356. In antiquis 35, I 682. Impressae 47, 21, II 354.

[5] Maurenbrecher, Die Rheinpreussischen Landrechte II 756 f. Maurenbrechers Bemerkung, dass wir von den Quellen des Landrechts fast nichts wissen (II 478), ist dahin richtig zu stellen, dass u. a. die Antwerpner Costumen von 1608 und zwar ausgiebig dafür benutzt worden sind.

nächste Erben zurück, dat volcht ende blyft wederom den ouders oft erfgenamen vanden ghenen diet hebben gegeven[1]. Die Antwerpener Costumen, genannt Impressae, vom Jahre 1582 nennen als rückfällige Gabe ausser der Heiratsgabe auch das, was Eltern, Freunde oder Magen dem Bastard tot alimentatie gegeben haben[2].

Aus dem Gebiete der friesischen Rechte ist hier der Rückfall zu erwähnen, dem unter gewissen Voraussetzungen die Aussteuer, boldsket, boldbreng, fletieve (Hausgabe) unterworfen ist. Nach den meisten ostfriesischen Rechten hängt das rechtliche Schicksal der Aussteuer davon ab, ob die ausgesteuerte Frau in der Ehe ein lebendiges Kind geboren hat oder nicht. Durch die Geburt eines Kindes tritt unter den Ehegatten eine Gütergemeinschaft ein[3]. Ist die Ehe während ihrer ganzen Dauer kinderlos geblieben, so vererbt die Frau die Aussteuer auf den Herd, von dem sie hergekommen ist, bis in das dritte Glied[4]. Emsiger Pfenningschuldbuch § 22: bernelase fetha lowe, dat is erfnisse, de ene vrouwe achter lath, de ghene kynder ghetoghen heft, de solen weder yn erven eer goet up den heert, dar dat uut ghekomen is, alwol doch dat is sy ghekomen uuth dat deerde graet. Das Anfallsrecht ist aktiv vererblich bis ins dritte Glied. In zahlreichen Quellen wird der Wiederanfall der fletieve als einer der drei Ausnahmefälle angeführt, in welchen der Nachlass nicht an die nächstgesippte Hand gelangt[5]. Da bei kinderlos gebliebener Ehe der Tochter deren Vater ohnehin als der nächste im Blute erbt, haben die Quellen nur Anlass, von einem Wiederanfall der fletieve zu sprechen, welche der Bruder der Schwester gab, oder nur den Fall einer Konkurrenz zwischen Bruderkindern und Schwestern der Verstorbenen

[1] Antiquissimae 13, 71, I 362. In antiquis 37, I 692.

[2] Ueber den Rückfall, welchem nach manchen Rechten die Hornungsgabe ohne Rücksicht auf ihren Zweck unterworfen ist, siehe oben S. 8 f.

[3] Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland II, 3, S. 391 ff.

[4] Brokmer Brief § 121, v. Richthofen, Rechtsquellen S. 168: bernlasa fetha lawa tha skalin in, alderse ut komen (kinderloses Vaterschwestererbe, d. h. die Aussteuer, die der Bruder der Schwester gegeben, soll zurück, woher es gekommen).

[5] Emsiger Busstaxen § 30, Rh. Rqu. S. 237. Hunsingoer Busstaxen § 48, Rh. Rqu. S. 337. Fivelgoer und Hunsingoer Erbrecht § 23, Rh. Rqu. S. 327. Langewolder Erbrecht § 21, Rh. Rqu. S. 375. Dazu Wicht, Ostfriesisches Landrecht S. 414.

hervorzuheben. Neben dem Anfall der fletieve werden als Ausnahmen von dem Grundsatz der Nähe des Blutes der bereits oben S. 8 f. besprochene Rückfall der Hornungsgabe und das Eintrittsrecht in der Descendentenreihe genannt.

Nach dem Fredewolder Erbrechte von 1396 tritt der Rückfall der fletieve bei unbeerbter Ehe ein[1], also auch dann, wenn die in der Ehe geborenen und nachkommenlosen Kinder die Auflösung der Ehe nicht überlebt haben: alle fletiefte, der onbethogen zynt (die unbeerbt sind), sollet weder oppe den heertstede darse van komen synt, de derde to nemande ende de derde to ghevende[2]. Da nichts darauf ankommt, dass in der Ehe kein lebendiges Kind zur Welt gekommen war, so kann hier der Wiederanfall nicht nur aktiv, sondern auch passiv auf die dritte Hand ausgedehnt werden. Die fletieve fällt an die Herdstätte, von der sie gekommen, wieder zurück, auch wenn die ausgesteuerte Frau sie auf Kind oder Kindeskind vererbt hatte und die Nachkömmlinge kinderlos verstarben. Ist die Mitgift im Erbgange über die dritte Hand hinausgelangt oder ein Anfallberechtigter (vom Besteller bis zu dessen Enkel) nicht vorhanden, so kommt das Gut an die nächstgesippte Hand des letzten Besitzers.

Mit dem Rechte des Fredewolder Distriktes stimmt das Recht der benachbarten Landschaft Drente überein. Nach §. 31 der dem fünfzehnten Jahrhundert angehörigen Costuimen, ordonnancien van proceduren ende Rechten, soe in dem Lande van Drente worden geholden[3], soll die ausgesteuerte Schwester, wenn sie ohne Leibeserben stirbt, das was sie als Mitgift empfangen hatte, wiederum vererben an den heert, daervan se de afboelinge heeft ontfangen, und nicht an ihre ausgesteuerten Schwestern, die sich dagegen mit den Brüdern in das Gut teilen, das die Verstorbene von andrer Seite her gewonnen hatte[4].

---

[1] Schröder a. O. S. 391.

[2] Rh. Rqu. S. 382, § 7. Vgl. § 9, S. 383. Dazu Fredewolder Küren vom Jahre 1388, § 9, Rh. Rqu. S. 381: boedelgaven vallen dar weder in, daerse uut gekomen sint tho den darden knie, de darde thoe nemene en de darde tho gevene; komet idt daer over, by de sibbeste tho delene.

[3] Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheit en Wetgeving XXII (1872), S. 393 f.

[4] Die Stelle ist beinahe wörtlich in das Drenter Landrecht vom Jahre 1608. III 19 (herausgegeben von Menno O. Gratama 1883, S. 69) übergegangen.

Der Rückfall der Aussteuer erscheint nach dem Sprachgebrauch der Quellen als ein Erbfall. Die Ausgesteuerte „vererbt“ das Gut auf den Herd des Gebers[1]. Das Gut „vererbt“ in die Hand, von der es gekommen[2]. Das Recht des Wiederanfalls gilt für ein singuläres Erbrecht, für eine Ausnahme von dem Prinzip der Nähe des Blutes.

7. Nordgermanische Rechte.

Dass nach schwedischen Rechten die Landgabe bei kinderlosem Tode des Beschenkten an den Geber oder dessen Erben zurückfällt, ist bereits oben S. 8 bemerkt worden. Ausserdem lassen aber verschiedene schwedische Rechte die Gabe, die der Sohn vom Vater als Aussteuer empfangen hatte, nach seinem kinderlosen Tode an den Vater zurückkehren[3]. Im ostgötischen Rechte soll die ormynd, die den weiblichen Verwandten bestellte Aussteuer, wenn die Empfängerin kinderlos verstirbt, dem Geber wieder anheimfallen, oder „wenn dieser selbst sie zur Mitgift erhalten hatte, an dessen Geber (zum dritten Manne) gelangen und erst, wenn dieser nicht mehr lebt, an die Erben der letzten Empfängerin“. „Geber der Mitgift können aber sein der Vater, die Mutter, der Bruder und überhaupt der Vormund der Braut.“[4]

Nach norwegischem und isländischem Rechte war die Gabe, auch die Landgabe, dem Rückfall an den Geber oder dessen Erben im allgemeinen nicht unterworfen, wenn dies bei der Gabe nicht ausbedungen worden war[5]. Ohne diese Voraussetzung kennt aber das isländische Recht den ex lege eintretenden Rückfall der Aussteuer, welche Sohn oder Tochter erhalten haben. Sie fällt nach dem kinderlosen Tode des Empfängers an den Vater, beziehungsweise an die Mutter oder deren Erben zurück. Und zwar hat der rückfallsberechtigte Geber oder sein Erbe so viel zu beanspruchen, als gegeben worden war, ohne Zuwachs. Die Mutter und deren Erben haben das Rückfallsrecht auch an der Aussteuer, die der

---

[1] So im Emsiger Pfenningschuldbuch und in den Drenter Costuimen.

[2] Langewolder Erbrecht Rh. Rqu. S. 373, § 8. Humsterlander Erbrecht § 2, Rh. Rqu. S. 362.

[3] v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I 530.

[4] Nach v. Amira a. O. I 529.

[5] v. Amira a. O. II 621.

Sohn von demjenigen erhielt, dessen Erbnehmerin die Mutter ist, das heisst, von einem Verwandten, den sie zu beerben hatte [1].

Die norwegischen Gesetzbücher des Magnus Lagabötir, die Landslög vom Jahr 1274, das bald darnach publizierte Stadtrecht und die für Island abgefasste Jónsbók kennen ein Wiederanfallsrecht der Mutter.

Was die Mutter den Kindern gab, vererben sie bei kinderlosem Tode auf die Mutter, und wenn diese nicht mehr lebt, sollen es ihre echtgeborenen Kinder vor dem Vater nehmen [2]. Der Wiederanfall fällt unter den Gesichtspunkt des Erbrechtes (þa erfir hon þat allt eptir þau). Für ein analoges Erbrecht des Vaters an der Vatergabe fehlte der Anlass, da der Vater dem kinderlosen Sohne unmittelbar in das Erbe folgte, während die Mutter in der Erbenreihe bedeutend zurückgesetzt war [3].

Sowohl das isländische Wiederanfallsrecht als auch das der jüngeren norwegischen Quellen scheint auf älteres ostnorwegisches Recht zurückzugehen. Die älteren Quellen des westnorwegischen Rechtes, die Gulaþíngsbók und die Frostuþíngsbók kennen es nicht. Von den Quellen der ostnorwegischen Dingverbände, des Eiðsifjaþíng und des Borgarþíng, sind uns im wesentlichen nur die Christenrechte erhalten. Das isländische Recht stellt sich zwar im allgemeinen als Ableger der Gulaþíngslög dar. Doch finden sich nicht unwesentliche Abweichungen, die man wegen ihrer Verwandtschaft mit schwedischen Rechten auf ostnorwegisches Recht zurückführt. Wie der Rückfall der Aussteuer des Sohnes [4] im isländischen Rechte, geht wahrscheinlich auch das Erbrecht der Mutter an der Muttergabe in den neueren Landslög und in der Jónsbók auf ostnorwegischen Ursprung zurück. Wenn dem so ist, hat sich in Norwegen eine ähnliche Entwickelung vollzogen wie im coutumiären französischen Rechte, nämlich die Umwandlung eines wahren Rückfallsrechtes in ein singuläres Erbrecht.

---

[1] Grágás II 64. 65. 66a. 73. 83. v. Amira, Obligationenrecht II 657. 655.

[2] N. L. V, 7 (Norges gamle Love II 80); N. By—Lov V, 7 (a. O. II 231); Jónsbók 7 (a. O. IV 230).

[3] Brandt, Forelæsninger I 148.

[4] v. Amira a. O. II 657.

8. Oberdeutsche Rechte.

Im Kreise der oberdeutschen Rechte kommt aus der Zeit nach Auflösung der fränkischen Monarchie für die Geschichte des elterlichen droit de retour zunächst eine Stelle des Spiegels deutscher Leute in Betracht, die in den sogenannten Schwabenspiegel übergegangen ist.

Die Vorlage des Deutschenspiegels, der Sachsenspiegel, weiss nichts von einem Rückfall der Vatergabe nach dem Tode des beschenkten Kindes; denn der Vater ist nach Sachsenspiegel, Landrecht I, 17, § 1 des Kindes nächster Erbe, wenn es kinderlos verstirbt: Stirft die man ane kint, sin vader nimt sin erve; ne hevet he des vader nicht, it nimt sin muder mit mereme rechte dan sin bruder. Der Deutschenspiegel und der Schwabenspiegel ersetzen diese Stelle durch folgende Ausführung:

Dsp. 19: Der vater erbet des chindes guot. Stirbet einem vater sein chint und hat er weder chint noch weip, der vater erbet des sůnes gůt; des enmag sein průder niht geerben. Daz ist davon, *daz ez von dem vater dar ist chomen.* Und hat der man ander gůt gewunnen anders danne *daz im der vater gab* und gegan im got geschaeftes, er geit daz gůt mit gesundem leibe und an seinem totpette swem er wil. Und ist daz er niht da-

Swsp. 15[1]. Wie der vater erbet sines kindes gut. Stirbet einem vater sin kint und *hat er im gut uzgegeben,* daz sî varend gut oder ander gut, und ist ez ein sun und stirbet er âne wîp und ane kint, der vater erbet des sunes gut mit rehte; ez mac der bruder nit erben noch diu swester. Daz ist davon, *daz es von dem vater dar ist komen*[2]. Und hat der sun ander gut gewunnen, danne *daz im der vater gap* unde git im got geschefede, er git daz gut mit

[1] Nach Genglers Ausgabe des Landrechts. Lassberg 14. Wackernagel 15.

[2] Im französischen Schwabenspiegel 16 bei v. Daniels, Rechtsdenkmäler I, col. 84: si un anfens muert à son pere, cui li pères hait duné en sa vie moubles ou non moubles et li fiz n'ait fame ne anfanz, ce ne sunt mie hoeirs li frères ne le suers; quar cist biens estoit partiz dou pere soulement ... Quant il l'avoit travaillié et conquis et s'il ha ne frère ne suer, il lo devront hiriter li plus prochain hoer tant que au septime degré de son lignage.

mit geschaffet hat, die naechsten erben die sůllen daz gůt nemen und schullen der sele ir tail geben und dar nach den leuten gelten, und den průdern ir teil. Davon wirt den průdern ir tail, daz ez der průder erarbaitte hat.

gesundem libe und an dem totbette, swem er wil. Und ist aber, daz er damit niht geschaffet hat, die nehsten erben sullen daz gut nemen und sullen der sele ir teil geben und da von den liuten gelten. Daz ist da von, daz er daz gut erarbeit hat...

Im Gegensatze zum sächsischen Rechte, welches den gesamten Nachlass des Sohnes dem Vater überlässt, unterscheiden die zwei oberdeutschen Rechtsbücher zwischen dem Gute, das der Vater dem Sohne gegeben, und dem Gute, das der Sohn sonst gewonnen hat. Jenes fällt, weil es vom Vater herrührt, nach dem Tode des Sohnes, der weder Weib noch Nachkommen hinterlässt, an den Geber zurück. Ueber gewonnenes Gut mag der Sohn mit warmer Hand und von Todes wegen beliebig verfügen, eine Befugnis, die hervorzuheben überflüssig gewesen wäre, wenn er sie hinsichtlich der Vatergabe besessen hätte. Soweit der Erblasser über gewonnenes Gut nicht verfügt hat, fällt es an die nächsten Erben[1], unter welchen seine Brüder zum mindesten inbegriffen sind, die von der hinterlassenen Vatergabe durch den Vater ausgeschlossen werden. Das Rückfallsrecht des Vaters ist eine Forderung der Billigkeit, weil nach den beiden süddeutschen Spiegeln der Vater den Brüdern im Erbgange jedenfalls nicht vorgeht. Völlige Zurücksetzung bezeugen uns zahlreiche andre alemannische Rechtsquellen. So beerben sich nach dem Augsburger Stadtrechte ausgesteuerte Kinder gegenseitig mit Ausschluss des Vaters[2]. In Rottweil war es bis 1545 Rechtsbrauch gewesen, dass bei kinderlosem Tode des Erblassers dessen Geschwister den Eltern vorgingen[3].

[1] Vgl. Swsp., Gengler 144.

[2] Augsburger Stadtbuch ed. Christian Meyer S. 143.

[3] Wasserschleben, Erbenfolge S. 74. Vgl. den Erbfall von Tannberg am oberen Lech von 1569 bei Ficker, Erbenfolge II 85 f., den Landsbrauch der Herrschaft von Bregenz von 1521 bei Wasserschleben a. O. S. 50, die Landesordnung der freien Reichsherrschaft Blumenegg in Vorarlberg a. O. S. 49. 52, den Landsbrauch des Inner-Bregenzerwaldes a. O. S. 50, den Stadtbrauch von Nürtingen in Würtemberg a. O. S. 57. Ueber die Schweiz siehe Huber, Geschichte des schweizerischen Privatrechts 1893, S. 595. 600. Die

Die Stelle des Schwabenspiegels ist fast unverändert in bayerische Rechtsquellen übergegangen, so in das Rechtsbuch des Ruprecht von Freising I, 13, so in das Stadtrecht von Pettau in Steiermark aus dem Jahre 1376 [1].

In selbständiger Fassung bezeugen den Wiederanfall der Vatergabe deutschösterreichische Quellen des vierzehnten Jahrhunderts. Besonders deutlich das Brünner Schöffenbuch in folgender Stelle, die mutatis mutandis eben so gut in einer französischen Coutume stehen könnte:

> si filius a domo patris per dotalicium vel portionem hereditatis emancipatus et tandem sine uxore et liberis moritur *intestatus,* bona quae reliquit ita, quod a patre non processerunt, potius transeunt ad fratres et sorores eiusdem filii quam ad patrem . . . Secus autem sic est, si huiusmodi bona a patre provenerunt; tunc enim iterum ad patrem revertuntur [2].

Das Prager Rechtsbuch, dessen Rechtssätze sich vielfach mit denen des Brünner Rechtes decken [3], lässt nach dem Tode des nachkommenlosen Kindes das liegende Gut, das ihm der Vater gegeben hatte, zunächst an den Vater, dann an die Brüder des Erblassers fallen [4].

Das Wiener Stadtrechtsbuch setzt in Artikel 86 den Fall, dass ein Vater mehrere Kinder erster Ehe abgeschichtet und abgefunden hat. Stirbt eines von ihnen unverheiratet und ohne Verfügung von Todes wegen, so gehört sein tail niemantz anders denn sein vater, der denselben tail erarbaitt hat. Lässt der abgefundene

---

von Wasserschleben a. O. über Schwaben zusammengestellten Citate ergeben, dass in zahlreichen schwäbischen Rechten das Erbrecht der Ascendenten entweder erst durch Privileg oder durch Satzung oder infolge der Rezeption des römischen Rechtes eingedrungen ist.

[1] Pettauer Stadtrecht (art. 159. 160), herausgegeben von Bischoff 1887, S. 42.

[2] Roessler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren II 286, nr. 64.

[3] Vgl. Stobbe, D. Rechtsquellen I 523.

[4] Prager Rechtsbuch art. 154 bei Roessler a. O. I 145: Von anfal des water erbes. Stirbt abir ein man an kint, hat im der water geben erb und eigen, is gefellet wider an denn water oder an den pruder. Im übrigen folgen in das Vermögen des abgesonderten Kindes die Geschwister, nicht der Vater. Prager Rechtsbuch art. 152. 149, 2. Vgl. Roessler I, p. LXVI.

Sohn eine Witwe, aber keine Nachkommen zurück, so hat die Witwe an dem Erbteil, den ihr Gatte erhalten hatte, das Leibgeding, und nach irem tod, so gehort es seinen vater oder prueder herwider an; und swer dann under seinen nechsten freunden dieweil lebt, der underwindet sich des tailes recht, als er in vindet[1].

Anschaulich wird im Gegensatze zum geltenden Rechte das dringende Bedürfnis nach einem Wiederanfallsrechte der Eltern in einem tirolischen Weistum hervorgehoben. Als bestehendes Recht weisen die Geschworenen des Münsterthales im Vintsgau, dass die Erbschaft soll für sich gan und nit hinder sich. Das sei zwar unbillig, aber altes Herkommen, das sie nicht zu ändern vermögen. Nichtsdestoweniger sagen sie, was die Billigkeit verlange, denn wenn die Aenderung des Rechtes jetzt nicht geschehen könne, so geschieht sie vielleicht ein andermal. Billig aber wäre, dass Vater und Mutter das Gut der Kinder erben, soweit es von iren halb her berüert[2].

Ein Wiederanfallsrecht der Grosseltern bezeugt die Ordnung der freien Reichsherrschaft Blumenegg in Vorarlberg. Hat der Erblasser von den Grosseltern ein Stück Gut oder sonst ein Vermögen zum voraus erhalten, so wird dies, auch wenn die Eltern noch am Leben sind, auf jener Seite, von der es herkommt, erblich zurückgenommen[3].

Die Quellen des Kantons Wallis gewähren der Mutter ein Wiederanfallsrecht, weil sie vom Vater in der Beerbung des Kindes ausgeschlossen wird. So das Landrecht des Kardinals vom Jahre 1514, art. 63: liberis autem decedentibus absque heredibus a suo corpore procreatis, superstitibus parentibus, mater succedit libero sive liberis in bonis, si que mutuo vel dono dedit; in reliquis vero pater succedit[4]. Derselbe Rechtssatz findet sich in andrer Fassung

---

[1] Wiener Weichbildbuch, ed. Schuster S. 88. Ueber die grundsätzliche Ausschliessung der Ascendenten vom Erbgange, die in Niederösterreich erst im siebenzehnten Jahrhundert beseitigt wurde, siehe Wasserschleben, Erbenfolge S. 35 ff.

[2] Tiroler Weisthümer III 352 f. J. Ficker, Erbenfolge II 85.

[3] Die Stelle, auf welche J. Ficker so freundlich war, mich aufmerksam zu machen, liegt leider nicht im Wortlaute vor, sondern ist nur im Auszug referiert bei Merkle, Vorarlberg I 249.

[4] Heusler, Rechtsquellen des Kantons Wallis 1890, S. 234.

bereits in den Artikeln von Naters[1] aus dem Jahre 1446: bona paterna et acquisita ac bona mobilia perveniant . . patri et bona materna matri si vivant[2].

9. Die Volksrechte.

Der Nachweis, dass ein droit de retour mit und ohne Verfangenschaft, als Rückfallsrecht und als singuläres Erbrecht, im Bereiche der germanischen Rechte auch ausserhalb des französisch-normannischen Rechtskreises vorkommt, macht es von vornherein wahrscheinlich, dass die Anfänge des Wiederanfallsrechtes mindestens bis in die fränkische Zeit hinaufreichen. Die Beweiskette schliesst sich, wenn es gelingt, Spuren jener Rechtseinrichtung in den Volksrechten aufzufinden und zugleich den germanischen Grundgedanken klarzulegen, aus welchem das droit de retour des Familienrechtes hervorging.

Einen Wiederanfall bestimmter Gaben kennt schon das eheliche Güterrecht der Lex Wisigothorum. Ueber die vom Manne bestellte dos mag die kinderlose Ehefrau beliebig verfügen. Stirbt sie aber intestata, ad maritum aut ad proprinquos mariti heredes eadem donatio redeat[3]. Schenkungen, welche die Frau ausser der dos von dem Manne vor oder nach Eingehung der Ehe empfing[4], sind zu vier Fünfteln den Kindern aus dieser Ehe verfangen. Fehlt es an solchen, so mag sie frei über das Geschenkte verfügen. Stirbt sie aber intestata, so fällt die Gabe an den Geber, beziehungsweise an dessen Erben zurück. Unter gleichen Voraussetzungen ist das von der Frau dem Manne geschenkte Gut dem Rückfalle an die Geberin und deren Erben unterworfen[5].

---

[1] A. O. S. 182, art. 37. Siehe noch Landrecht von 1571, c. 91, a. O. S. 309. Auch den Hinweis auf die Walliser Quellen verdanke ich J. Ficker.

[2] Trotz ähnlicher Fassung normiert kein droit de retour der Mutter das Recht von Capodistria, Statuta Justinopol. II, 16, citiert bei Pertile, Storia del diritto ital. IV² 80, Anm. 79: bona defuncti, quae sibi processissent ex parte patris et acquisita deveniant patri; quae vero processissent sibi ex parte matris, deveniant matri et si matrem non habuerit, fratribus et sororibus ex illa matre. Es handelt sich da um den Satz: materna maternis.

[3] Lex Wisig. Reccessvinth. III, 1, 5.

[4] Vor Ablauf des ersten Jahres der Ehe sind Schenkungen unter Ehegatten nur ausnahmsweise gestattet. Siehe Dahn, Westgotische Studien S. 124 f.

[5] Lex Wisig. Reccessvinth. V, 2, 4. 5 (antiqua).

Die alemannische dos behält die Frau nur für Lebenszeit. Ausdrücklich wird in den alemannischen Formeln für libelli dotis der Rückfall der dos an den Mann, der sie gibt, an seine Kinder oder an seine sonstigen nächsten Erben vorbehalten [1]. Nur wenn der proximus mariti die dos der Witwe rechtswidrig bestritten hat, ist der Rückfall nach ihrem Tode ausgeschlossen, illa pecunia post mortem mulieris retro numquam revertat [2].

Hervorragende Bedeutung hat für die Geschichte des Rückfallsrechtes eine vielbesprochene Stelle der Lex Saxonum (c. 47). Bei den Sachsen ist das rechtliche Schicksal der dos ein verschiedenes [3], je nachdem die Frau in der Ehe ein Kind geboren hat oder nicht. War die Ehe kinderlos geblieben, so fällt bei Ostfalen, Engern und Westfalen die dos nach dem Tode der Frau an den Geber oder an dessen nächste Erben zurück [4]. Im Falle der Geburt eines Kindes zweien sich das Recht der Westfalen einerseits, das der Ostfalen und Engern andrerseits. Bei den Westfalen tritt mit der Geburt eines Kindes an Stelle der dos das Recht auf die halbe Errungenschaft. Bei den Ostfalen und Engern habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivit, filiisque dimittat.

Bestritten ist, ob unter der dos hier die Morgengabe oder die Leibzucht zu verstehen sei. Meines Erachtens liegt eine Gabe vor, aus der sich die nachmalige Leibzucht des sächsischen Rechtes entwickelt hat.

Die Frau erhielt die dos zu Eigentum, aber dieses Eigentum war ein beschränktes, und zwar waren die Beschränkungen verschieden, je nachdem in der Ehe ein Kind zur Welt gekommen war oder nicht. Im erstern Falle ist bei Ostfalen und Engern die dos den Kindern verfangen, welchen sie nach dem Ableben der Mutter anheimfällt [5]. Sterben die Kinder bei Lebzeiten der Mutter,

---

[1] Form. Augienses B. 24. 25. Sangall. misc. 12. 16. 18. Salom. III 18.

[2] Lex Alam. 54, 2. Schröder, Eheliches Güterrecht I 150. Heusler, Institutionen II 326. Durch Anfechtung des der Witwe an der dos zustehenden Rechts hat die Verwandtschaft des Mannes das Rückfallsrecht verwirkt.

[3] Vgl. Schröder a. O. I 99 f., II, 3, S. 332 f. v. Martitz, Eheliches Güterrecht des Sachsenspiegels S. 179 f., Anm. 10, S. 195 f. Stobbe, Deutsches Privatrecht V 72 f. Heusler, Institutionen II 345 ff.

[4] dos ad dantem, si vivit, revertatur; si defunctus est, ad proximos heredes eius.

[5] Nichtsdestoweniger gilt die Witwe als Eigentümerin. Heinrich I. bestellt 929, Dipl. I 56, nr. 20 seiner Gemahlin Mathilde gewisse Besitzungen als

so wird die dos deren frei vererbliches Eigentum. Bei kinderlos gebliebener Ehe hat die Frau nach den drei sächsischen Rechten stets nur lebenslängliches Eigentum; sie erhält, wie Sachsenspiegel I, 44 sagt, egen to irme live. Ihr Eigentum ist dem Rückfallsrechte unterworfen; stirbt sie, so fällt es an den Geber oder dessen Erben. Da sie die dos nicht veräussern darf, so würde es nach römischer Rechtsauffassung nahe liegen, nur von einem Nutzungsrechte der Frau, etwa gleich der Glosse zum Sachsenspiegel von einem ususfructus, zu sprechen. Dem älteren Rechte ist der Gedanke des ususfructus ebenso fremd[1] wie der technische Begriff der Leibzucht[2]. Es ersetzt ihn durch ein dem Rückfallsrechte unterworfenes und unveräusserliches Eigentum, wie ja auch das durch die Krongutschenkung begründete Recht ursprünglich nicht als Leiherecht, als beneficium oder precaria, sondern als beschränktes Eigentum aufgefasst worden war[3]. In der Zeit der Rechtsbücher ist das Rückfallsrecht überflüssig geworden, weil der technische Begriff der Leibzuchtsgabe den Wiederanfall des Gutes an den Geber oder dessen nächste Erben[4] in sich aufgenommen hat.

Wittum cum consensu et astipulatione filii nostri Ottonis, indem er erklärt: in ius proprium concessimus ... ut libera potestate ... temporibus vitae suae feliciter perfruatur. In den Urkunden Ottos I. vom 15. Juli 961 und Ottos II. vom 25. Juli 961, Dipl. I 312, nr. 228, II 10, nr. 1, schenken diese auf Bitten ihrer Mutter und Grossmutter Mathilde quasdam res suae (Mathildis) proprietatis, quas usque huc dotali possidebat iure, an das Nonnenkloster zu Quedlinburg. Vgl. Heusler, Instit. II 346. 359. Die Notwendigkeit der Verfügung der Descendenten erklärt sich aus ihrem Wartrecht und aus dem fiskalischen Charakter des Dotalgutes. Vgl. meine D. Rechtsgeschichte II 74. Schwierigkeiten, welche die Ottonischen Urkunden über die Dotalgüter der sächsischen Königinnen darbieten, dürften in dem angegebenen Charakter des Dotaleigentums ihre Lösung finden. Ich behalte mir vor, darauf zurückzukommen, sobald der zweite Band der Diplomata regum et imperatorum Germaniae vollendet vorliegen wird.

[1] Heusler, Inst. II 18.

[2] Auf die Frage nach dem rechtlichen Charakter der Leibzucht kann hier nicht näher eingegangen werden. Siehe Beseler, Erbverträge I 211 f. v. Martitz, Eheliches Güterrecht des Sachsenspiegels S. 194, Stobbe, D. Privatrecht IV 115, Heusler, Inst. II 16 ff. 125. Die Ausdrücke lipgedinge, lipgut, leibzucht begegnen zuerst für precaria. v. Martitz a. O. S. 195, Anm. 7. Diefenbach, Gloss. S. 451 s. v. precaria.

[3] Siehe oben S. 39.

[4] Bezeichnend ist, dass das Gut nach manchen Rechten an den nächsten

Ein Rückfallsrecht der Eltern an der Elterngabe ist den sächsischen Rechten im allgemeinen unbekannt. Da das kinderlose Kind zunächst vom Vater, dann von der Mutter beerbt wurde, fehlte ein dringender Anlass, es auszubilden.

10. Das droit de retour und der Begriff der Schenkung.

Den Schlüssel für das richtige Verständnis der verschiedenen Arten des droit de retour und deren Entwickelung bietet der Begriff der germanischen Schenkung dar, wie ihn oben S. 1 ff. die Abhandlung über die Landschenkungen der Merowinger und der Agilolfinger erörtert hat. Die germanische Schenkung ist eben nicht gleich der römischen abstrakte Vermögensvermehrung, sondern Zweckschenkung. Zweck der Schenkung ist im allgemeinen, dass der Beschenkte oder dieser und seine Descendenz die Gabe habe. Dagegen wird im Zweifel nicht vorausgesetzt, dass der Geber die Gabe auch lieber in den Händen eines beliebigen Dritten sähe als in seinen eigenen Händen oder in denen seiner Erben. Da mit dem nachkommenlosen Tode des Beschenkten der Zweck der Schenkung hinwegfällt, so tritt damit der Rückfall der Gabe an den Geber oder dessen Erben ein. Das Rückfallsrecht konnte auch dann für vorbehalten gelten und ex lege eintreten, wenn der Beschenkte und seine Descendenten das Recht der Veräusserung oder gar auch das der letztwilligen Verfügung besessen und nicht ausgeübt hatten. Für die Schenkung im allgemeinen hat sich das Rückfallsrecht des Gebers nicht erhalten, sondern es ist schon im fränkischen Reiche frühzeitig unter Einwirkung des römischen Rechtes beseitigt worden.

Doch finden wir die ursprüngliche Auffassung hinsichtlich des Rückfalls noch bei der Landgabe des englischen Common Law und in der Coutume von Valenciennes. Sonst haben wir im Bereiche der westgermanischen Rechte ein Wiederanfallsrecht entweder nur bei Schenkungen zu bestimmtem Zweck oder bei Gaben an Verwandte oder unter dieser und jener Beschränkung gefunden. Ohne Rücksicht auf ein verwandtschaftliches Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem weisen es nur wenige Coutumes bei Heiratsgaben

Erben ex nunc fällt. Vgl. v. Martitz a. O. S. 201, Anm. 41, Stobbe a. O. IV 115, Anm. 31.

auf. Weitaus die Mehrzahl der Rechtsquellen anerkennt nur ein verwandtschaftliches, ein familienrechtliches droit de retour, und zwar in der Regel nur zu Gunsten der Ascendenten im Verhältnis zu ehelichen Descendenten. Entweder gilt es für jede Elterngabe oder nur für Gaben aus Anlass der Eheschliessung des Kindes oder für Heiratsgaben und andre Gaben, die sich als anticipierter Erbgang des Kindes darstellen. Daneben hat sich in verschiedenen Rechten der Wiederanfall der Hornungsgabe erhalten, das heisst der dem unehelichen Kinde von Eltern, mitunter auch von Geschwistern, zugewendeten Gabe. Wo, wie dies vielfach der Fall war, der Nachlass des kinderlosen Bastards dem Fiskus oder dem Herrn verfiel, musste es besonders nahe liegen, den Willen des Schenkers bei der Hornungsgabe dahin auszulegen, dass er das geschenkte Gut nach dem kinderlosen Tode des Beschenkten lieber in seine oder seiner Erben Hände als in die des Fiskus gelangen lassen wollte.

Nach dem ursprünglichen Grundgedanken der germanischen Schenkung erhielt der Beschenkte an dem Schenkgute beschränktes Eigentum. Von hier aus ist die Entwickelung nach zwei verschiedenen Richtungen auseinander gegangen, je nachdem das Recht des Schenkers oder das des Beschenkten gesteigert wurde. Die entgegengesetzten Pole der Entwickelung stellen einerseits Lehen und Leibzucht, andrerseits die Abschwächung des Rückfallsrechtes zu einem Intestaterbrechte des Gebers dar.

Das Rückfallsrecht des Gebers und seiner Erben und die Verfangenschaft der Gabe haben bei bestimmten Zweckschenkungen dahin geführt, dass das Recht des Gebers und seiner Erben als Eigentum, das des Beschenkten nur als Nutzungsrecht an fremder Sache aufgefasst wurde[1]. Bei den Benefizien ist diese Entwickelung unter dem Einflusse der kirchlichen Prekarien schon im achten Jahrhundert eingetreten. Sehr viel später hat sich bei der Leibzucht des ehelichen Güterrechtes eine ähnliche Auffassung durchgesetzt, die das Recht der Leibzüchterin auf einen Niessbrauch an den Grundstücken des Gebers reduzierte, nachdem

---

[1] Das Schwanken zwischen älterer und jüngerer Auffassung kennzeichnet der hie und da vorkommende Sprachgebrauch, welcher das Recht des Eigentümers angefelle, anwardinghe, anval nennt. Stobbe, D. Pr. R. II 7, Anm. 10. Vgl. Franken, Geschichte des franz. Pfandrechts I 143, Anm. 1.

das fränkische douaire mit einer analogen Entwickelung vorausgegangen war.

Wo das Recht des Beschenkten den Charakter des Eigentums bewahrte, hat in der Regel das Rückfallsrecht des Gebers und seiner Erben eine Abwandlung erfahren. Der Gedanke, dass die Gabe der Eltern oder wohl auch der Seitenverwandten an Kinder beziehungsweise an Seitenverwandte den stillschweigenden Vorbehalt des Rückfalls enthalte und die Gabe dem Geber verfangen bleibe, hat in nachfränkischer Zeit nur ein beschränktes Geltungsgebiet aufzuweisen. Dagegen macht sich schon seit dem dreizehnten Jahrhundert vielfach die Neigung geltend, das Recht des Wiederanfalls als ein Erbrecht zu behandeln. Notwendige Consequenz dieser Theorie war die fortschreitende Abschwächung der Rechte des Gebers. Wo sich das droit de retour der Ascendenten gegen das eheliche Kind erhalten hat, wie im französischen Code civil, sind die Verfangenschaft der Gabe, die aktive und die passive[1] Vererblichkeit des Wiederanfallsrechtes verschwunden.

In Deutschland haben das gemeine Ascendentenerbrecht und das eheliche Güterrecht schliesslich eine Ausgestaltung gefunden, bei der man ein Bedürfnis nach einem droit de retour der Ascendenten in der Form eines singulären Erbrechtes nicht empfand. Merkwürdigerweise hat sich aber ein solches bis in die neueste Zeit gerade auf einem Gebiete erhalten, wo man es am wenigsten vermuten sollte, nämlich auf dem Gebiete des Lehenrechtes.

Das langobardische Lehenrecht schliesst bekanntlich die Ascendentenfolge aus. Wenn der Vater dem Sohne bei Lebzeiten ein Lehen abtritt und dieser ohne Lehenserben stirbt, so fällt nach Libri feudorum II 84 das Lehen an den Vater nur zurück, wenn der Rückfall bei der Investitur des Sohnes vorbehalten worden war. Nichtsdestoweniger bildete sich die Ansicht aus, dass der Rückfall auch ohne solchen Vorbehalt eintrete. In Frankreich unterwarfen einzelne Coutumes, so die von Vitry, Meaux, Noyon, Cambrai die Lehen ausdrücklich dem droit de retour, wie denn auch die französische Jurisprudenz es allgemein auf Lehen erstreckte[2]. In Flan-

---

[1] Theorie und Praxis des coutumiären Rechtes hatten die passive Vererblichkeit zur Anerkennung gebracht. In den Code civil ist sie nicht übergegangen. Marquis, Dot profectice S. 478 ff.

[2] Marquis a. O. S. 435.

dern fiel nach der Coutume du Bourg de Bruges von 1667 das Lehen, das Vater und Mutter erworben und einem ihrer Kinder abgetreten hatten, wenigstens dann an den Vater, eventuell an die Mutter, wenn das Kind und dessen Geschwister ohne Nachkommen gestorben waren[1]. In Deutschland ist die Theorie des ex lege eintretenden Rückfalls nur zu vorübergehender Herrschaft gelangt. Wie Mynsinger in seinen Observationes bezeugt, hat sich die Praxis des Reichskammergerichtes dafür ausgesprochen[2]. Für das gemeine deutsche Lehenrecht ist dieser Standpunkt in Rechtsprechung und Litteratur wieder aufgegeben worden. Doch haben ihn einzelne Landesrechte beibehalten oder wieder eingenommen. In Bayern wurde das Rückfallsrecht durch den Codex Maximilianeus civilis IV, 18, § 42 sanktioniert, aber durch das Lehensedikt vom Jahr 1808 wiederum beseitigt[3]. Jetzt noch aber kennt das preussische Landrecht I, 18, § 398 den Rückfall des Lehens an den Vater, der es dem Sohne abgetreten hatte, wenn dieser ohne lehensfähige Nachkommen stirbt[4].

---

[1] Coutumes du Bourg de Bruges, ed. Gilliodts van Severen III 42, art. 6. Vgl. die Bemerkungen des Herausgebers a. O. II 119.

[2] Mynsinger, Singularium observationum iudicii imp. camerae centuriae VI, Helmstädt 1583, cent. III. obs. 93: ascendentes ... non succedunt filiis ... Excipe tamen casum in camera imperiali cum ex facto incidisset sic determinatum, ... si pater in filiorum favorem feudo renunciet et filii postea patre superstite sine liberis moriantur. Vgl. Joh. Christ. Majer, Zulässigkeit der Ascendentenfolge in Lehen 1806, S. 56 f. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht § 352.

[3] Paul Roth, Bayrisches Civilrecht II (1872) S. 533, Anm. 3.

[4] Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht V 344, Anm. 2.

XV.

Zur holländischen Rechtsgeschichte [insbesondere zur Geschichte der rechten Gewere].

De oudste Rechten der stad Dordrecht en van het baljuschap van Zuidholland, uitgegeven door Mr. J. A. Fruin 1882.

[Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1883, germ. Abt. IV 235 ff.]

[235] Vor etlichen Jahren hat sich in den Niederlanden unter dem Namen: Vereeniging tot uitgave der bronnen van het oude vaderlandsche recht eine Gesellschaft zur Herausgabe der älteren niederländischen Rechtsquellen gebildet. Trotz der bescheidenen Mittel, mit welchen die Vereinigung arbeitet, hat sie bereits namhafte Ergebnisse aufzuweisen.

[236] Die jüngste Publikation ist den ältesten Rechtsquellen der Stadt Dordrecht und des Gerichtsbezirkes des Bailli von Südholland gewidmet. Der Herausgeber bringt zunächst das sogenannte Dordrechter Keurboek von 1401, die neuen Keuren von 1411, dann eine grosse Anzahl einzelner Keuren, Costumen und Erkenntnisse, von welchen diejenigen, die bereits De Wall in seinen Handvesten der stad Dordrecht (1790) mit inhaltvollen Anmerkungen abgedruckt hatte, durch ein kurzgefasstes Regest vertreten sind. Hervorragende Bedeutung besitzt eine Auswahl von Aktenstücken aus den Dordrechter Aktenbüchern, welche den zweiten Teil der Ausgabe eröffnet. Sie stammen aus den Jahren 1403 bis 1530 und betreffen Rechtshandlungen, welche vor der Schöffenkammer vorgenommen worden sind, sowie Urteile der Dordrechter Schöffen. Um ein unanfechtbares Beweismittel zu schaffen, pflegte man solche Rechtshandlungen und Urteile in amtliche Bücher, Actenboeken, einzutragen, die den anderwärts bestehenden Schöffenbüchern entsprechen. Eine vollständige Ausgabe der Dordrechter Actenboeken war ihres Umfanges wegen unmöglich. Denn die Akten des angegebenen Zeitraums umfassen nicht weniger als 1500 Folioseiten. Der Herausgeber hat sich daher mit Recht auf eine Auslese von Musterstücken beschränkt, wobei er sich durch das Bestreben leiten

liess, für die verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften und Rechtsfällen, die in den Actenboeken vertreten sind, mindestens je ein möglichst anschauliches Vorbild darzubieten. Die in 256 Nummern zusammengestellten Rechtsfälle, deren Inhalt durch eine kurz gefasste Ueberschrift angedeutet wird, umfassen in erfreulicher Vollständigkeit nahezu das gesamte Gebiet des mittelalterlichen Privatrechts. Besonders reich ist Fruins Sammlung an seerechtlichen und handelsrechtlichen Stücken. Ich hebe beispielsweise hervor nr. 4 von 1404: Geltendmachung einer Verbodmung mittelst Bodmereibriefs, nr. 49: Verpfändung eines Schiffes, 70 und 99: Verklarungen über Seeunfälle, abgegeben mit aufgereckten Fingern und gestabtem Eide, 71: Schiedspruch, betreffend den Verkauf der Hälfte eines Schiffes, das durch die Engländer Schaden gelitten, 73: Commenda, 140: Anteil der Fracht an der Haverei. Allgemein handelsrechtlichen oder obligationenrechtlichen Inhalts sind u. a. nr. 9: Bevollmächtigung einer Ehefrau durch ihren Mann copewijf te wesen, 18: Cession eines Schöffenbriefs über eine Geldforderung, 96: Auflösung einer Gesellschaft, 137: Rechtsstreit wegen verspäteter Roggenlieferung. Auf das Recht der Totschlagssühne beziehen sich nr. 30. 31. 47. 59. 66. 102.

Die Rechtsquellen der Baillischaft von Südholland sind durch eine Sammlung von Keuren, Costumen und Urteilen vertreten, aus welchen ich nr. 54, 2 hervorhebe, betreffend den Aenfang von [237] Eigen „binnen den reep van Zuydholland". Die Stelle ist bedeutsam, weil sie den bekannten Ausdruck aenfang, der sonst nur für die Verfolgung der Fahrhabe verwendet wird, auf Liegenschaften ausdehnt [1]; sie ist ferner bedeutsam durch das Wort reep im Sinne von Gerichtsbezirk. Verwandt sind die im Domesdaybook genannten rapes, in welche die englische Grafschaft Sussex zerfiel [2]. Reep, got. raips, ags. râp, ahd. reif ist funis, lorum, circulus [3]. Müssen wir Strick, Seil als die germanische Grundbedeutung festhalten, so liegt es nahe, an die bekannte Umhegung des Gerichtsplatzes zu denken. Von dem Hegungsmittel scheint das Wort auf

[1] [Ueber den Anevang an Grundstücken handelt Behrend, Anevang und Erbengewere 1885. Ueber die Intertiatio von Liegenschaften im altfränkischen Rechte und in niederrheinischen Urkunden und über die langobardische wiffatio siehe meine Deutsche Rechtsgeschichte II 513 f.]

[2] Vgl. Ellis, General Introduction to Domesdaybook I 178.

[3] Diefenbach, Vergleichendes Wörterbuch der got. Sprache II 163.

das Gericht, dann auf den Gerichtsbezirk übergegangen zu sein. In ähnlicher Weise wurde das friesische warf (Gericht) zur Bezeichnung des Gerichtsbezirkes verwendet, so z. B. in der Benennung der friesischen Landschaft Stellingha warf. Uebrigens haben schon althochdeutsche Glossen reiffa für territorium[1].

Die eigentlichen Perlen der Fruinschen Ausgabe sind die zwei Dingtalen von Dordrecht und von Südholland, von welchen jene den ersten, diese den zweiten Band beschliesst. Die Dingtalen sind Gerichtsformeln, die uns das ältere südholländische Gerichtswesen in dramatischer Anschaulichkeit vor Augen stellen. Die Dordrechter Dingtal stellt u. a. dar eine vom Schultheiss erhobene Officialklage um Notzucht, eine Totschlagsklage des nächsten Schwertmagen der toten Hand, eine Schuldklage und die Rüge wegen Messerzücken, Fechten u. s. w. Noch reichhaltiger ist die Dingtal von Südholland. Hegung, Vertagung und Aufbrechen der Vierschar, Eindingen des Fürsprechers, Eidesleistung (eedtspel), Uebereignung mit Hand, Halm und Mund, Pfändung, Fronung und Mordklage bilden ihren hauptsächlichen Inhalt. In den Friedloslegungsformeln der beiden Dingtalen erscheint die Friedloslegung unter der Bezeichnung: tuutlaghen slants leggen, welche dem anglonormannischen utlagare entspricht. Derselbe Ausdruck findet sich auch anderwärts in Holland, z. B. in Heusden, also auf einem Boden, der zweifellos immer fränkisch war. Im Friesischen kommt das Wort nicht vor; es kann nur niederfränkisch sein und setzt die aus dem Nordischen, Friesischen und Angelsächsischen bekannte Wurzel lag mit der Bedeutung Recht (lex) voraus, welche hiermit auch für die fränkische Rechtssprache nachgewiesen ist.

Die beiden Dingtalen liefern auch einen wichtigen Beitrag zur Frage nach dem Ursprung **der rechten Gewere.** Bekanntlich ist das Institut der rechten Gewere in den Quellen der fränkischen Zeit nicht nachzuweisen. Trotzdem zwingt uns die übereinstimmende Ausgestaltung, in welcher uns die rechte Gewere zur Zeit der Rechtsbücher in den verschiedensten Rechten entgegentritt, auf einen gemeinsamen Ausgangspunkt zurückzuschliessen, den nur die Rechtsentwickelung der fränkischen Zeit zu liefern vermag. Sohm hat in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abteilung I 53 f. den anregenden und fruchtbaren Gedanken

---

[1] Graff, Sprachschatz II 496.

ausgeführt, dass die Entstehung der rechten Gewere aus der missio [238] in bannum regis zu erklären sei, wie sie bei der fränkischen Immobiliarexekution zur Anwendung kommt. Gleichwie diese dem Verurteilten die Jahresfrist offen liess, um sein Gut aus der königlichen Gewalt zu ziehen, und sich nach Ablauf der Frist in eine definitive Konfiskation verwandelte, so habe das an die Auflassung sich anschliessende Friedewirken, das nichts andres als eine missio in bannum sei, die rechtliche Wirkung, dass die Anfechtungsrechte Dritter binnen Jahr und Tag (der königlichen Verjährungsfrist) erlöschen.

Der vollen Schlüssigkeit der Sohmschen Argumente stand nun aber freilich im Wege, dass nach sächsischem Rechte, dessen Quellen für die Auffassung der rechten Gewere bisher fast ausschliesslich massgebend waren, der Besitzer trotz der rechten Gewere die Klage nicht ohne weiteres zurückweisen, sondern das Gut nur mit seinem Eide behalten kann. Wozu noch ein Eid, wenn der Gegner sich mit seinem Anspruch verschwiegen hat? Gerade diejenige Ausgestaltung der rechten Gewere, die diesen Eid als entbehrlich behandelt und daher den Rechtsgedanken des Eigentumserwerbs durch Verschweigung zu ungetrübtem Ausdruck bringt, pflegte man bisher als das Ergebnis einer jüngeren Rechtsentwickelung darzustellen. Ziehen wir aber den Kreis der niederfränkischen Quellen heran, so ergibt sich, dass auch auf diesem Gebiete die einseitige Berücksichtigung des Sachsenspiegels den vollen Einblick in die historische Entwickelung verhüllt hat.

Holländische und flandrische Quellen, die dem Sachsenspiegel ungefähr gleichzeitig sind, enthalten den Rechtssatz, dass der Besitzer sich auf Grund der rechten Gewere gar nicht auf die Klage einzulassen braucht, sondern schlechtweg die Antwort wehren darf[1].

[Handfeste für Haarlem vom Jahre 1245[2]: si quis patrimonium vel haereditatem alterius mercatus fuerit et

---

[1] [Fockema-Andreae, der in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, germ. Abt. XIV 106, Anm. 2 mit Rücksicht auf die Handfeste von Gorinchem vom Jahre 1412 bemerkt, Brunners und Heuslers Meinung, dass der Besitzer während Jahr und Tag in Holland keinen Eid zu leisten brauchte, lasse sich nicht aufrechterhalten, legt mir damit eine Aeusserung in den Mund, die ich in dieser Allgemeinheit nirgends gethan und daher nicht zu vertreten habe.]

[2] [Mieris, Groot Charterboek I 222.]

sub testimonio scabinorum sine reclamatione per annum et diem et amplius possederit, possessor ipsius patrimonii vel haereditatis nulli post dictum terminum respondebit et, si impetitur, non tenebitur respondere [1].]

Handfeste für Delft vom Jahre 1246 [2]: si quis oppidanus patrimonium vel hereditatem alicuius mercatus fuerit praesentibus scabinis, et sine reclamatione per annum et diem vel amplius possederit, possessor ipsius patrimonii post dictum terminum, si super hoc conveniatur, nulli tenetur respondere.

Keure des Landes Waes vom Jahre 1241, § 30 [3]: si quis aliquam hereditatem . . . quiete possederit per annum et ultra, in quam per scabinos legitime intraverit . . . ille, qui inclamatur, non tenebitur respondere inclamanti, sed suam haereditatem de caetero pacifice possidebit [4].

[Vor kurzem hat Fockema-Andreae in seiner Abhandlung über die Frist von Jahr und Tag [5] die Ansicht ausgesprochen, der oben ausgeschriebene Artikel der Haarlemer Handfeste, der Delfter Handfeste und der übrigen dem Haarlemer Rechte nachgebildeten Handfesten wolle nur sagen, dass die rechte Gewere dem Besitzer die Befugnis gewähre, Unschuld zu thun, das heisst, sein Recht zu beschwören. Wer die rechte Gewere nachgewiesen habe, musste in Holland, so behauptet Fockema-Andreae, ebenso wie dies nach dem Sachsenspiegel der Fall war, ausserdem noch sein Recht beschwören. Die rechte Gewere habe nichts mehr gegeben als das Recht, seinen Titel — und somit sein Recht — zu beschwören; sie sei an sich nicht ein Titel gewesen.

Den Beweis seiner Ansicht findet Fockema-Andreae in den Delfter Dingtalen. Aus ihnen soll sich ergeben, dass die

[1] Fast wörtlich so die Handfesten für Alkmaar vom Jahre 1254, § 44, Mieris I 285, und für Medenblik vom Jahre 1288, § 44, Mieris I 481, [und die Handfesten andrer Städte, denen das Haarlemer Recht verliehen worden ist].

[2] Soutendam, Keuren en Ordonnantiën der stad Delft 1870, S. 241, Mieris I 231.

[3] Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte II, 2, nr. 220.

[4] Fast wörtlich so die Keure für Sleidinghe und Desseldonc vom Jahre 1268 bei Warnkönig a. O. II, nr. 34.

[[5] Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abt. XIV 104 ff.

Wendung: nulli tenetur respondere, oder wie es in den deutschen Texten der betreffenden Handfesten heisst: die en is nyemant sculdich daer af te antwoerden, nichts andres bedeute, als dass der Besitzer sein Recht beschwören dürfe. Das wäre so ziemlich das Gegenteil des non respondere; denn wenn jemand auf die Klage hin, um das Grundstück zu behalten, sein Recht beschwören muss, kann er sich natürlich nicht der Antwort entschlagen. Die Delfter Dingtalen sind uns nur in zwei Handschriften überliefert, deren keine über das Ende des fünfzehnten Jahrhunderts hinaufgeht[1]. Jedenfalls sind sie bedeutend jünger als die Delfter Handfeste von 1246. Wir würden daher immerhin mit der Thatsache rechnen dürfen, dass sich im Laufe der Zeit das Recht geändert habe. Doch ist diese Annahme hinsichtlich des entscheidenden Punktes der Streitfrage entbehrlich. Denn die Argumentation, durch welche Fockema-Andreae zu seiner Schlussfolgerung gelangt, beruht auf einer meines Erachtens unhaltbaren Auslegung der Delfter Dingtalen.

Der Rechtsfall, den die Delfter Dingtalen ausführen, ist folgender[2]:

Jan Diricxzoon klagt gegen Jan Lam, dass er ihm sein Haus und Erbe entfremdet habe, welches sein rechtes freies Eigengut sei. Jan Lam erwidert, dass er dessen unschuldig sei, und erklärt: dat hy dien knap te recht gheen antwoerde gheven en sal. Er habe nämlich das Haus von Pieter Janszoon gekauft und wohl bezahlt und jaer en dach een rustelick besit gehadt. Da nun aber die Delfter Handfeste den Satz enthalte: soe wat poorter yemants erve coept, die schepen teghenwoerde, ende sonder wederroepen jaer ende dach besit ofte meer ende daer na of beclaghet wert, die en is nyemant sculdich daer of te antwoerden, so sei er dem Kläger nicht schuldig, Antwort zu geben. Wolle der Kläger dagegen etwas vorbringen, so bitte er, der Beklagte, um ein Urteil der Schöffen.

Der Kläger erklärt seinerseits, dats gheen onschulde geschien en sal ende dat hy antwoerden sal; denn Pieter Janszoon habe das Haus nicht verkaufen dürfen, weil es ihm nicht gehört, sondern

---

[1] Fruin in den Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheit en Wetgeving, N. R. IV (1878) bl. 34.

[2] Nieuwe Bijdr. a. O. bl. 195 ff. (S. 27 des Sonderabdrucks).

der Kläger es ererbt habe. Die Schöffen fällen daraufhin ein bedingtes Urteil, nämlich das Urteil, dass der Beklagte antworten solle, es wäre denn, dass sich ergebe (dat sy soe kenlijk bescheyt hoerden of vonden), dass er nicht schuldig sei, zu antworten, und dass die Schöffen dies durch Urteil ausspräche.

Der Beklagte verlangt nunmehr, seine Unschuld zu thun [1], indem er sich auf den vor den Schöffen abgeschlossenen Kauf und den ruhigen Besitz von Jahr und Tag beruft und daraus das Recht folgert, dat hy hem onschulde sel doen.

Jan Diricxzoon wendet ein, dass er auswärts gewesen sei und nach dem Rechte der Stadt jeder binnen dem ersten Jahre nach seiner Rückkehr sich „verhalen mach“.

Die Schöffen erkennen, dats gheen onschulde geschien en sel, sondern Bescheide und Zeugen der beiden Parteien gehört werden sollen.

Aus dem Rechtsfalle geht allerdings — darin stimme ich mit dem holländischen Rechtsgelehrten überein — mit Bestimmtheit hervor, dass dem Verfasser der Dingformel das Unschuldthun und das Nichtantworten im praktischen Erfolge dasselbe sind. Der Besitzer, der Unschuld gethan, ist im vorliegenden Rechtsfalle nicht schuldig zu antworten. Dabei geht die Frage, ob Unschuld geschehen soll, der Frage der Antwortpflicht logisch voraus. Das Nichtantworten ist Konsequenz des Unschuldthuns, das Antworten Konsequenz der versagten Unschuld [1]. Unschuld thun bedeutet hier für den Beklagten soviel wie einen Eid schwören. Der Inhalt des Eides ist als ein derartiger zu denken, dass derjenige, der ihn schwört, eine Antwort im technischen Sinne noch nicht abgegeben hat und auch nach dem Eide nicht abzugeben braucht [2]. Der Eid kann daher nur das Beschwören einer Einrede zum Inhalt haben, durch welche der Beklagte die Antwort wehrt. Als ein Verweigern der Antwort erscheint aber schon in den Formeln zum langobardischen Edikt die Berufung auf dreissigjährigen Besitz des Streitobjektes. Nolo nec debeo tibi respondere, quia ... per XXX annos (terram) possessam habemus, erwidert auf die Liegen-

[1] In der ersten Erwiderung hatte er sie noch nicht angeboten.

[2] Der Kläger erklärt, dass keine Unschuld geschehen und dass er (der Beklagte) antworten solle. Der Beklagte bietet, auf das bedingte Urteil der Schöffen hin, seine Unschuld an, um das Urteil zu erwirken, dass er nicht zu antworten brauche.

schaftsklage der Beklagte in der Formel zu Rothari 231. In einem Rechtsfalle, der 1260 vor dem Pariser Parlamente verhandelt wurde, erklärt der Beklagte: quod non tenebatur ... respondere, quia tam ipsi quam pater suus ... in pace tenuerunt premissa omnia per XXX annos [1]. In ähnlicher Weise verweigert in den Delfter Dingtalen der Beklagte die Antwort mit Berufung auf die Voraussetzungen der rechten Gewere. Durch den Eid aber, den er zu schwören berechtigt sein will, gedenkt er zu beweisen, dass die Voraussetzungen der rechten Gewere vorliegen, dass er nämlich das Gut in Gegenwart der Schöffen erworben und durch Jahr und Tag in ruhigem Besitz gehabt habe.

Noch niemand hat behauptet und niemand wird behaupten wollen, dass in einem Liegenschaftsprozesse der Beklagte die Klage durch die beweislose Berufung auf die rechte Gewere habe zurückweisen können, wenn der Kläger deren Vorhandensein nicht zugestanden hatte. Um dem Kläger gegenüber durchzudringen, musste er vielmehr den Beweis führen, dass die Voraussetzungen der rechten Gewere auf seiner Seite vorhanden seien. Dieser Beweis war in erster Linie durch die Schöffen oder durch Schöffenbriefe oder wohl auch durch Zeugen zu führen. In jüngeren holländischen Quellen liess man auch den Eid, „die Unschuld" des Beklagten genügen. In Leiden hatte nach dem Leidener Keurboek vom Jahre 1508 [2] seit langer Zeit eine Keure gegolten des Inhalts: wair scepene noch scepenebrieve en zijn, daer zel een ygelic of moegen staen tot sijnre onscoude, of hij wil, sonder zegel te versaken [3]. Das wird 1508 dahin geändert, dass die Unschuld erst eintreten soll, wenn kein andrer Beweis da ist, den die Schöffen von Rechts wegen als genügend erachten.

Aehnlich wie der Delfter dürfte ein Leidener Rechtsfall von 1440 aufzufassen sein, auf den sich Fockema-Andreae S. 105 f. beruft. Jemand behauptet, dass er keine Miete schulde, da er das Haus selbst gekauft und sieben Jahre lang over eyghen besessen habe. Das Urteil lautet auf den Eid, dass er das Land wittelic ende wel gecoft heeft ende wel betaelt heeft. Damit beschwört

[1] Olim I 502, nr. 28.

[2] De middeneewsche Keurboeken der stad Leiden, ed. Hamaker 1873, V, c. 18, S. 326.

[3] Abgesehen von dem Falle, in welchem er das Siegel einer vom Kläger produzierten Urkunde ableugnen würde.

er nicht sein Recht[1], sondern den Erwerbstitel, den die rechte Gewere voraussetzt. Den mehrjährigen Besitz an sich gibt auch der Gegner zu, der aber seinerseits behauptet, dass es sich nur um Mietsbesitz handle.

Die Delfter Dingtalen stehen sonach auf einem ähnlichen Standpunkte wie das Freiberger Stadtrecht, nach welchem der Beklagte die Voraussetzungen der rechten Gewere mit seinem Eineide beweist. Als solche Voraussetzungen gelten aber in Freiberg, dass er das Gut durch Jahr und Tag ohne Ansprache in Gewalt und Gewer gehabt habe und gewert sei von jenem, der es ihm aufgab. Mit Berufung darauf mag der Beklagte erklären, dass der Kläger sich verschwiegen habe, und dass er, der Beklagte, im zu rechte keine antworte darumme durfe geben. Das Urteil lautet in solchem Falle nach dem Freiberger Stadtrecht: habe he iz gehabit also lange in gewalt unde in gewere, biz daz he gewert si, wizzentliche, daz he im keine antwerte darumme durfe geben[2]. Der Beweis der rechten Gewere wird aber durch den alleinigen Eid des Beklagten geliefert. Dirre, der daz erbe hat, darf ouch nimme (alias nicht mehr) tun, wanne daz he dar trit mit sin einis hant unde swere also, tar he[3]: daz he dazselbe erbe habe gehabit in siner gewalt unde in rechtir gewer iar unde tac ane ansprache, daz ime got so helfe unde alle heiligin[4].

Nach alledem werden wir für das Recht von Haarlem und für die nachgebildeten Stadtrechte daran festhalten dürfen, dass

[1] Aus dem Kauf an sich folgt noch nicht das Recht. Wäre die Thatsache des längeren Besitzes nicht vorhanden, so müsste der Erwerber sich auf seinen Auctor berufen und dieser müsste in den Rechtsstreit eintreten.

[2] Das Freiberger Stadtrecht, herausgegeben von Ermisch 1889, V, 28, S. 64 f.

[3] Wenn er es wagt, sich getraut.

[4] Freiberger Stadtrecht V, 41, a. O. S. 69. Vgl. I, 21, wo der Kläger wegen Erbzins klagt, der Beklagte aber die Zinspflicht leugnet. Daraufhin tritt der Kläger vor und erklärt: an dem huse hab ich rechtis erbecinsis also vil alle iar unde habe den gehabt in gewalt unde in gewere iar unde tac ... Wil he mir is loikenen (die Voraussetzungen der rechten Gewere), so wil ich minen erbecins behalden, als ich zu rechte sal unde bite einis urteilis, wi ich zu rechte minen erbecins behalden sulle. Das Urteil lautet: mit zwen vingern uffen heiligen. Die Ausführungen v. Plancks, Gerichtsverfahren I 660, lassen sich m. E. gegen c. V, § 41 des Freiberger Stadtrechtes nicht aufrecht erhalten. Vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 342. 351.]

der Besitzer, wenn die Voraussetzungen der rechten Gewere bewiesen oder vom Gegner zugestanden waren, schlechtweg die Antwort verweigern durfte und nicht etwa erst durch Eineid sein Recht an der Sache zu beschwören hatte.]

Dass die Verschweigung binnen Jahr und Tag ihren Rechtsgrund in einem vom Richter namens des Königs verhängten Banne hat, wird durch die Dingtalen von Südholland und von Dordrecht ausser allen Zweifel gesetzt. Sie zeigen uns, dass bei der Uebereignung von Grundstücken der Veräusserer aus dem Eigentum herausgebannt, der Erwerber hineingebannt, Dritten aber jede aussergerichtliche Anfechtung sofort, die gerichtliche nach Ablauf von Jahr und Tag verboten wird. Die Dordrechter Dingtal nennt diesen Bann verdeban, Friedensbann [1]. Die dabei dem Schultheiss [239]
in den Mund gelegte Bannformel lautet:

> Alle die voerlesen vercoepers ban ik uuten vorscreven goeden ende die coepers der weder in mit eenen verdenban van mijns tsheren des keyzers wegen . . . ende van onzen wegen ende ick gebiede, dat die goeden niemant en roere noch en rep noch en lette [2], hy en comt binnen jaer ende daghe ende spreectse aen alhier te vierschar als recht is, op die hoechste boet [3].

Die südholländische Dingtal verlangt bei der Uebereignung auf Grund vorausgegangener Fronung, sowie bei der freiwilligen Uebereignung [4], dass der Richter, nachdem das Eigentum mit Hand, Halm und Mund übergeben worden, um ein Urteil frage, was man weiter schuldig sei zu thun, damit das Eigentum over sal gaen. Das Urteil lautet: dat ghy den eenen daeruyt bannen sult ende den anderen wederom inne bannen zult naeden rechte van den lande.

Darauthin bannte der Richter, wie folgt:

---

[1] [Ueber den Friedensbann, der bei der Uebereignung von Grundstücken eine örtlich verschiedenartige Rolle spielt, vgl. v. Richthofen, Fries. Wörterbuch S. 763 unter frethobon, ferdban, R. Fruin in den Verslagen en Mededeelingen der kon. Acad. van wetenschappen, Afd. Letterkunde, Reeks II, dl. 12, p. 105 und Wessels Boer, Eigendomsoverdracht van onroerend goed in Nederland 1887, S. 21 ff.]

[2] roeren, rühren; reppen, rapere; letten, impedire, offendere.

[3] Dordrecht I 376.

[4] Dordrecht II 309. 311.

Ick ban hier uuyt deesen eygen N. een, twee, drie ende vierwerff; ick gebye, dat niemandt dit lant en ript noch en roert noch en pit noch en poelt[1], dan die den heer ende heemraet binnens bans vry eygen kennen, hy en spreect aen binnen jaer ende dach ende setter tweeschat erff tegens, alsoe goet als dat es. Dat gebye ick een, twee, drie ende vierwerff op die hoochste boeten van deesen lande, die dartoe staen.

In einer südholländischen Keure über die Funktionen des Schulzen und des Heimrates heisst der bei der Uebereignung gewirkte Bann Vorbann. Der Schultheiss gebietet, dat niemant die gift en stoore, hy en stoortse binnen jaer ende dach ende dat voer een gebannen vierschaer, soe alst recht es[2].

Das Brieler Rechtsbuch stellt den Formalismus der Uebereignung folgendermassen dar. Der Verkäufer (A) nimmt einen Halm in die Hand und gibt ihn dem Käufer (Peter) mit den Worten: Ihr Herrn Schöffen, hier geb' ich dem Peter eine Gift von dem Erbe, das ich ihm verkauft habe. Daraufhin spricht der Richter den „vorderban“:

Op alsulck erve als A. vercoft heeft Pieter ende A. Pieter een vrye ghifte of ghegeven by vonnes van scepenen ende Pieter een vrye ghifte of ontfanghen heeft by vonnes van scepenen, so ban ic A. uten voirs. erve ende ban dairop Pieter ende leg dairan mijns heren ban, schouten ban ende der scepenen ban, dat dat erve nyement an en sprecke, tensy binnen jair ende daghe lantsrechte ende tscependom[3]; sprecket yement anders an, hy soudet beteren als roef[4].

[Nach den Dingtalen von Dirksland urteilen die Schöffen auf vorausgegangene Anfrage hin, dass der Schultheiss dreimalige Umfrage thun soll, ob jemand Einsprache erhebe. Ende soo daar

[1] Man beachte die Alliteration. Pit wohl soviel als bepflanzen von peten; vgl. ahd. impitôn, Graff I 262. Poelen = suffodere, excavare nach Kiliaens Etymologicon.

[2] Dordrecht II 258.

[3] Dass niemand das Erbe anspreche, es sei denn binnen Jahr und Tag nach Landrecht und vor den Schöffen.

[4] Matthijssen, Het Rechtsboek van den Briel, ed. Fruin en Pols 1880, S. 115.

niemandt en claagt, soo sult gij NN. daeraft bannen als vercooper ende NN. daerop als cooper ende leggen daerop de graafflijcheyts ban, den ban van der heer van Dircxlant ende schout ende schepenen ban, ende verbieden een igelijck, dat niemandt dese landen sal mogen aenspreecken dan met ouder brieven ofte beter reght, ende dat binnen *jaer ende dagh*, off soo imandt t'anders dede, men sal hem beclagen van cragt ende rooff [1].

Eine nahe verwandte Bannformel bringen noch die im siebenzehnten Jahrhundert aufgezeichneten Dingtalen von Oud-Beyerland bei der Uebergabe des Eigentums an Liegenschaften zur Anwendung. Nachdem die „gifte" geschehen ist met halm ende met monde [2] ende met voogds hand, fragt der Schultheiss viermal, ob jemand gegen diese Gifte „achte". Hat niemand Einsprache erhoben, so verlangt jener ein Urteil der Schöffen, was nunmehr geschehen solle. Die Schöffen weisen als Recht, dass man den einen uitbannen und den andern inbannen soll. Daraufhin spricht der Schultheiss:

> Ik ban daer uit N. van's Heeren wegen voor hem ende synen erven ende nakomelingen ende sette wederom in N.; ende legg'er up die Prince van Gaveren ban als graven van Egmond, Heere van Beyerland [3] ende mynen ban als schout, ende gebiede van's Heeren wegen, dat niemand dit land aan en spreect, ten sy met ouder briev ende beter bescheyd, ende dat binnen jaer ende dage, als recht is, of by faute van dien, sal hy nu en ten eeuwigen dagen *versteeken wesen* [4].]

Das Brieler Rechtsbuch sagt S. 117, binnen Jahr und Tag sei die Gift also stark, dass jeder, der das Gut gerichtlich an- [240]
spricht, in eine Busse verfällt, weil er sich dadurch in Widerspruch setzt mit dem Urteil der Schöffen, auf welches hin der Vorderbann gelegt worden ist.

Aus den mitgeteilten Stellen geht zur Evidenz hervor, dass die rechte Gewere von Haus aus als Verschweigung wirkt und dass diese Wirkung auf dem mit der Uebereignung verbundenen

---

[[1] Verslagen en Mededeelingen der Utrechter Vereinigung II 287.

[2] So ist wohl statt des sinnlosen immobel zu lesen.

[3] 1617—1620.

[4] Verslagen en Mededeelingen II 642 f.]

Vorbann, Friedensbann, auf dem Friedewirken beruht. Die Kraft des Bannes reicht nach manchen Rechten so weit, dass auch die gerichtliche Ansprache, wenn sie eine verspätete ist, eine Busse nach sich zieht, welche nach der oben S. 740 citierten Keure des Landes Waes zehn solidi beträgt [1].

[Die urkundlichen Beispiele eines bei Uebereignungen von Liegenschaften dem Erwerber gewirkten Friedensbannes gehen in Deutschland bis in den Anfang des elften Jahrhunderts hinauf, wie aus der Zusammenstellung von Urkundenstellen zu ersehen ist, welche Wilhelm Sickel seiner Erörterung des Königsbannes bei liegendem Gute anhangsweise beigefügt hat. Heisst es in der Regel, dass der Erwerb regio banno bekräftigt worden sei, so finden sich doch nicht selten Wendungen, welche dem in Holland und in Friesland üblichen Ausdruck ferdeban, frethoban entsprechen. So wirkt in Kölner Schreinsurkunden der Graf dem Erwerber bannum et pacem [2]. So heisst es in einer niederrheinischen Urkunde, Sickel nr. 10 von 1272: facta est pax et bannus ab . . . iudice domini comitis Clevensis. So wird anlässlich einer in Kempen 1296 vollzogenen Auflassung ausgesprochen: hoc mandatum, quod vulgariter dicitur vreede atque bann, . . . prout de emtione et venditione cuiuslibet hereditatis apud nos ab antiquo est consuetum [3]. Friede und Bann sind nicht etwa Ausfluss verschiedener Akte, sondern der Friede wird durch den Bann gewirkt. Eine westfälische Urkunde von 1162 berichtet, dass der comes . . . super predicto predio banno regio . . pacem indixit et firmavit [4]. In einer Urkunde von 1198 sagt der Markgraf von Meissen: ego bonis praefatis sub interminatione banni iudicialis pacem confirmavi [5]. Der Ausdruck bannum pacis begegnet uns in einer dem Rheingau angehörigen Urkunde von 1190, laut welcher in Besenheim Güter erworben wurden coram schephonibus publice et sub banno pacis [6].

---

[1] [Ebensoviel betrug die Busse für die verspätete Klage in Saffelaer, dagegen 60 Schillinge in Lüneburg und Uelzen. W. Sickel, Zur Geschichte des Bannes 1886, S. 26.]

[[2] W. Sickel a. O. S. 27, nr. 2.

[3] Sickel a. O. nr. 16 aus Binterim und Mooren, Erzdiözese Köln III 296 f.

[4] Sickel a. O. nr. 82.

[5] Sickel a. O. nr. 154.

[6] Sickel a. O. nr. 25 aus Rossel, Urkundenbuch der Abtei Eberbach.

Die Wendung per nostrum fredhebannum bezeugt für Utrecht eine Urkunde von 1230[1].]

Der Zusammenhang der rechten Gewere mit der missio in bannum scheint mir durch die oben mitgeteilten holländischen Quellen sichergestellt. Bezweifeln möchte ich aber die Ansicht Sohms, dass die Verschweigung binnen Jahr und Tag auf einem Vorrechte des Königsgutes beruhe, welches durch formelle Verwandlung des aufgelassenen Privatgutes in Königsgut verallgemeinert worden sei.

Die Anwendung der missio in bannum regis bei der Immobiliarexekution ist mit nichten eine radikale Neuerung des fränkischen Königtums. Der Zugriff der öffentlichen Gewalt auf die Liegenschaften des Verurteilten führt vielmehr auf das altgermanische Institut der Friedlosigkeit zurück[2]. Die Friedlosigkeit erfasst einerseits die Person, andrerseits das Vermögen des Friedlosen. Er selbst ist der busslosen Tötung, sein Haus dem Bruch und Brand, sein Gut der öffentlichen Gewalt verfallen. Die Friedloslegung ist nach ihrer vermögensrechtlichen Seite hin Konfiskation, Fronung[3]. Dass der Sachsenspiegel den Erben das Recht gibt, die Güter des Friedlosen aus der königlichen Gewalt zu ziehen, ist bereits eine Milderung des ursprünglichen strengen Rechtes. Wie das in der Friedloslegung enthaltene Todesurteil wird auch die damit verbundene Konfiskation nur in bedingter Weise verhängt. Wie der Friedlose binnen Jahr und Tag seine Person, so kann er auch binnen Jahr und Tag sein Gut aus der Friedlosigkeit herausziehen[4]. Die Neuerung der fränkischen Zeit besteht hauptsächlich darin, dass die öffentliche Gewalt, der die Verhängung

---

[1] Sickel a. O. nr. 17 aus Haltaus, Gloss. Sp. 518 f.]

[2] Wie ich nachträglich ersehe, hat diesen Zusammenhang schon Esmein geltend gemacht in seinen vortrefflichen Études sur les contrats dans le très ancien droit français 1883, S. 157. [Die Entwickelung der richterlichen Pfändung und Fronung und deren Verhältnis zur Acht habe ich in meiner Deutschen Rechtsgeschichte II, § 111. 112 erörtert.]

[3] [In Lex Sal. 51, 1. 2 wird bereits die Auspfändung der Fahrhabe durch den Grafen als infiscare, confiscare bezeichnet.]

[4] Vgl. u. a. die lehrreiche Stelle bei v. Richthofen, Friesische Rechtsquellen S. 396, 6. Nachdem der Asega den Säumigen und sein Gut friedlos geurteilt hat, zieht der Schultheiss dessen Erbe ein. Herr und Volk können aber damit erst dann nach ihrem Willen thun, wenn der Verurteilte binnen Jahr und Tag nicht ihre Huld durch Busszahlung gewonnen hat.

der Friedlosigkeit zusteht, diese in Civilsachen nicht weiter geltend macht, als unbedingt nötig ist, die Person des Contumax ausser Spiel lässt, dagegen sein Vermögen einzieht und die vermögensrechtlichen Wirkungen der Friedlosigkeit zur selbständigen Immobiliarexekution gestaltet.

Nächstliegender Zweck dieser Ausführungen, die an sich über den Rahmen einer Besprechung der Dordrechter Quellen hinausreichen, war es, an einem vereinzelten, die rechte Gewere betreffenden Beispiele zu zeigen, wie ergiebig das ältere holländische Recht für die Aufhellung verwickelter rechtsgeschichtlicher Probleme
[241] ist. Die holländischen Rechtsquellen wurden von den Germanisten bisher mehr als billig vernachlässigt. Selbst die klassische Darstellung, welche das holländische Recht durch Hugo Grotius in seiner Einleitung in die holländische Rechtsgelehrtheit gefunden hat, ist seit Heineccius kaum wieder benutzt worden. Und doch liegt uns die Verwertung der holländischen Quellen nahe genug. Denn zusammengehalten mit den flämischen vermögen sie uns auf das deutlichste die Fortbildung des salischen Rechtes aufzuweisen. Das holländische Recht ist eben zum guten Teile salisches, nicht friesisches Recht, wie auch die holländische Sprache im wesentlichen fränkisch, nicht friesisch ist. Das Land zwischen Sinkfal und Maresdiep muss schon in fränkischer Zeit eine starke fränkische Bevölkerung besessen haben. Im dreizehnten Jahrhundert wird es nicht mehr als friesisch betrachtet. Friesische Einrichtungen haben sich vereinzelt, namentlich auf dem flachen Lande, erhalten. Im Rynlande z. B. urteilte der friesische Asyge bis in das sechzehnte Jahrhundert. Allein für die holländischen Stadtrechte dürfte der im wesentlichen fränkische Charakter ausser Zweifel stehen.

Berichtigungen.

Seite 327, Anm. 4, Zeile 7 von unten ist vor den Worten: das Fehlschlagen, das Wörtchen: „für“ einzuschalten.
Seite 356, Anm. 4 lies reprodnites statt reproduits.
Seite 375, Anm. 1 lies statt Mémoires II, 1. 8 Mémoires II, tom. 8.
Seite 528, Anm. 1, Zeile 16 von unten lies Galletti statt Galleti.
Seite 561, Anm. 2, letzte Zeile lies: unten sub c) statt unten sub 3.
Seite 562, Anm. 1, letzte Zeile lies: oben S. 530 statt S. 539.
Seite 634, Anm., letzte Zeile von unten. O. Hartwig in Halle schreibt mir, dass er mit Rücksicht auf die gleichzeitige Urkundensprache die Form in Palermo in einer Urkunde von 1207 für unmöglich halte.
Seite 676, Zeile 8 des Textes von unten lies conventionnel statt conventionel.
Seite 701, Zeile 11 des Textes von unten lies statt sondern auf alles: sondern geht auf alles.



